

~~11878~~

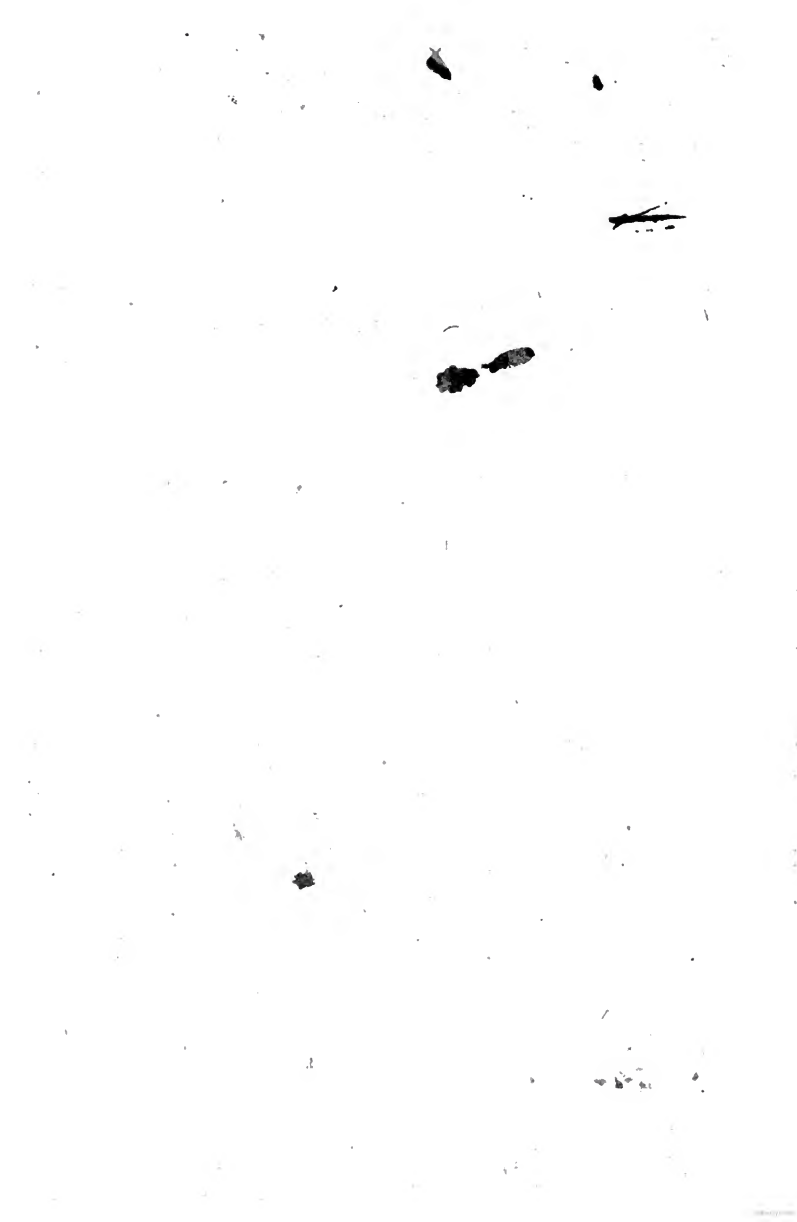
169

~~116~~

a

11-16

BIBL. NAZ.
Vitt. Emanuele III
169
A
11/16
NAPOLI





TRATTATO

DELLE

DONAZIONI, DEI TESTAMENTI,

E DI OGNI ALTRA DISPOSIZIONE

A TITOLO GRATUITO.

THE
JOURNAL OF THE
ROYAL ANTHROPOLOGICAL INSTITUTE
OF GREAT BRITAIN AND IRELAND
VOLUME 10. PART 1. 1880.

TRATTATO

DELLE

DONAZIONI, DE' TESTAMENTI,

E DI OGNI ALTRA DISPOSIZIONE A TITOLO GRATUITO
SECONDO I PRINCIPI DEL CODICE CIVILE

PRECEDUTO DA UN DISCORSO STORICO SU L'ANTICA LEGISLAZIONE PER TAL
MATERIA; CON LA GIUNTA DI UN TRATTATO SU L'ADOZIONE E LA
TUTELA UFFIZIOSA, CUI PRECEDE UN DISCORSO STORICO SU L'ADOZIONE

DEL SIG. BARONE GRENIER

VERSIONE ITALIANA

DEL SIG. FORTUNATO CAFARO

SU LA SECONDA EDIZIONE FRANCESE

Cui si sono aggiunte delle note intorno alle disposizioni delle Leggi
Civili, ed alla giurisprudenza del regno delle due Sicilie.

VOL. I. PAR. I.



NAPOLI, 1824.

DALLA TIPOGRAFIA DI R. MAROTTA VANSPANDOCH E COMP.

Largo S. Marcellino N.° 2.

AVVERTIMENTI.

Le note segnate con cifre numeriche sono dell'autore dell'opera.

Quelle segnate con lettere alfabetiche sono del traduttore.

La corrispondenza delle citazioni degli articoli del Codice civile, con quelli delle Leggi civili del Regno delle due Sicilie, sarà indicata, riportando in continuazione dei primi, i secondi articoli racchiusi tra una parentesi, ed in carattere corsivo. Ciò si praticherà soltanto quando gli articoli si corrispondono esattamente: qualora vi sia qualche varietà, sarà questa indicata con note.

Si avrà cura finalmente d'indicare i luoghi dell'altro trattato su le Ipoteche, dello stesso autore, in cui vi sia qualche cosa, che interessi la materia delle donazioni e dei testamenti.

F. de C. fero



AVVERTIMENTO

DELL' AUTORE.

Non può disconvenirsi, che sommamente utile sarebbe un trattato particolare sopra ciascuna materia del Codice civile, o almeno sopra le più essenziali. Dopo avere studiato il testo del Codice; dopo essersi internato dello spirito, che ne ha regolata la redazione, in un' opera, come quella del sig. Locré, segretario generale del consiglio di stato, intitolata Spirito del Codice civile; opera veramente pregevole per lo spirito eminente di analisi, e la quale sarà preziosa anche come monumento storico della nostra legislazione; verrebbe taluno a consolidare le sue cognizioni, sopra ciascun titolo in particolare, collo studio di un trattato, che, partendo dalla teorica, guidasse direttamente all' applicazione, di essa indicandone da prima le conseguenze le più immediate, ed in seguito le più remote.

Del pari sotto l' antica legislazione, non bastava di internarsi delle leggi romane, od almeno del metodico ed ingegnoso estratto, che

*

ne ha fatto Domat, nella sua immortale opera delle Leggi Civili, (alla quale null' altro si è potuto rimproverare se non la sua stessa perfezione e grande utilità; perchè temevasi che favorisse l'accidia, mentre in fatto moltissimi, troppo leggiermente, aveano creduto potersi dispensare dallo studio delle leggi nel loro proprio testo); ma era indispensabile di leggere i migliori trattati su le diverse parti del diritto.

Quando all' anticipata esperienza che in tai trattati si acquistava, riunivasi l' esperienza personale, frutto del tempo e della pratica, allora poteva taluno lusingarsi non solamente di esser dotto, (lo che in ogni professione od arte non basta certamente) ma benanche di essere addivenuto abile. Allora soltanto poteva applicarglisi quel carattere, che Marziale, in uno de' suoi versi, appropriò ad un giureconsulto del suo tempo, e che io ho veduto applicare ad antichi e celebri avvocati, svestendolo di ogni idea di satira.

*Jure madens, varioque togae limatus in usu.
Lib. 7. Epigr. 50.*

La materia dell' opera che io presento al pubblico è incontrastabilmente una delle più importanti della nostra legislazione civile. Io ne concepì la idea, allorchè, in qualità di membro del tribunato e di segretario della sezione di legislazione, mi trovai nel caso di mettere in iscritto, secondo quel che in essa determinavasi, le osservazioni che tale sezione dovea inviare al governo, sul progetto di

legge a lei rimesso, intorno alle donazioni ed ai testamenti. ()*

Obbligato di esaminare più da vicino le disposizioni del progetto, io mi convinsi, soprattutto nel compararle colla nostra antica legislazione, che quantunque quel progetto potesse contenere il principio di soluzione delle quistioni, che potevano sorgere, egli era non pertanto suscettibile di sviluppo. Io fui convinto, che tale sviluppo poteva essere utile non solamente ai giovani, che si destinano allo studio della legge, ma benanche alle persone già esercitate, le quali non aveano potuto esser presenti alle discussioni.

Non senza ragione ho preferito la forma del trattato a quella del comentario. Sotto la forma del trattato, che d'altronde è la più penosa, si penetra più addentro nella materia, che vuolsi meglio possedere. Havvi un ordine, il cui risultamento dee sempre essere la esposizione de' principj, e la deduzione

(*) Il sig. Siméon, oggi consigliere di stato, era allora presidente della sezione di legislazione del tribunato. Il sig. Faure, che lo è attualmente, ed io n'eravamo i segretarj. Le osservazioni della sezione, sopra ciascun titolo del Codice civile, sono state redatte da noi due alternativamente. Tali osservazioni sono state letteralmente trascritte in una raccolta intitolata, *Conferenze sul Codice civile colla discussione particolare del Consiglio di stato e del Tribunato, precedente alla redazione definitiva di ciascun progetto di legge*. Quest'opera veramente utile, la quale è il prodotto di un bello ingegno, è stata impressa a Parigi da Firmano Didot. (La presente nota è stata scritta quando l'opera uscì alla luce nel 1806.)

immediata delle conseguenze: e questo ravvicinamento è il mezzo più adattato ad insinuare la dottrina. Per contrario, in un commento si è quasi sempre forzato a diffondersi sopra ciascuno degli articoli, che si comentano, senza poter fare avvertire perfettamente il nesso, che ha coi principj stabiliti negli altri. Un comento può essere più comodo per coloro i quali vogliano soltanto esaminare di passaggio alcune quistioni: ma chi ha la pazienza di studiare un'opera didattica ne ritrae sempre maggior profitto. Egli si rende padrone dell'insieme dell'oggetto di essa; apprende di più, e con miglior successo.

Le dotte opere di Ricard e di Furgole saranno sempre vasti e preziosi depositi di cognizioni, non solamente intorno alle donazioni ed ai testamenti, ma benanche intorno a tutte le altre specie di disposizioni a titolo gratuito, che essi han trattate con tutta la latitudine, di cui questa materia era allora capace.

Ma senza entrar qui nell'esame del merito particolare di ciascuno di questi giureconsulti; de' quali convien parlare con sommo rispetto, essendo due grandi maestri; io credo poter dire che oggi le loro opere non offrono più le stesse risorse come nell'antica legislazione, su cui versano. Ognuno ha facilmente avvertito quanto poteva essere utile, soprattutto pei tironi, un'opera elementare, nella quale, restringendo la materia tra giusti limiti, vale a dire, a quel che ora è interessante di sapere, si esponessero i cambiamenti considerevoli, che risultano dalla

novella legislazione ; e nel tempo stesso si presentassero le soluzioni delle quistioni essenziali , che possono ancora sorgere sotto questa stessa legislazione , e sopra le quali i nominati due grandi giureconsulti sono discordi.

Conveniva adunque di formare un nuovo piano , un novello metodò. Relativamente a ciò che concerne la legislazione attuale , era indispensabile di tracciare novello sentiere : ed in quanto a ciò che avea rapporto alla legislazione antica , quantunque Ricard e Furgole sieno per lo più ottime guide , era d'uopo non pertanto evitare qualche scoglio che s'incontra in sul cammino , che eglino hanno seguito , e che è molto difficile per lo spirito umano di schivare.

Ecco la meta , che mi son proposto in questa opera : il pubblico giudicherà quanto io vi sia riuscito. In fine delle osservazioni preliminari ne esporrò il piano.

Al trattato delle donazioni e dei testamenti ho aggiunto altro trattato su l' adozione e la tutela uficiosa , preceduto da un discorso istorico sull' adozione. Havvi tra queste due materie un' affinità sensibile : esse partono egualmente da sentimento di beneficenza , e ad entrambe deriva una trasmissione di beni , diversa da quella ch' è la conseguenza dell' ordine delle successioni.

Io feci imprimere questo discorso istorico sull' adozione nel vendemiajo dell' anno 10 pria del Codice civile , sotto il titolo di Saggio sull' adozione , considerata ne' suoi rapporti colla storia , la morale e la legislazione. Se ne

stamparono 600 esemplari , e questi furono distribuiti ai membri del consiglio di stato , del corpo legislativo , e del tribunato.

Posso quindi ora riprodurre quest'opera, quasi come inedita ; e mi vi determino da un canto , per soddisfare le moltissime domande fattemene ; e da un altro, perchè ho riflettuto, che essendosi ammessa l'adozione nella nostra novella legislazione , ciò basta (qualunque sia la differenza tra l'attuale adozione , e quella degli antichi), perchè le persone , le quali sanno valutare le nozioni istoriche attinte nelle loro fonti, fossero compiaciute di veder riuniti in un opuscolo dei fatti che non ho veduto raccolti in veruna opera , e che soltanto si potrebbero ritrovarli sparsi in una moltitudine di libri , che non tutti leggono.

Nel corso del mio lavoro è comparsa qualche opera sulla materia , di cui mi occupava. Sentendo in me di quanta indulgenza io abbisogni , debbo esprimermi su di ciò con somma circospezione. Mi limiterò dunque a dire , che non ho avuto ragione alcuna per sollecitare tale lavoro , pel quale , d'altronde, ho potuto appena impiegare i momenti di ozio , che mi lasciavano le occupazioni della mia carica: che sarei sorpreso se, almeno alcuno degli autori di tali opere , non sentisse rimorso per la precipitanza , con cui ha eseguito il lavoro: e che finalmente son convinto, che cotesti scritti non rendono il mio lavoro inutile, poichè non lascio di renderlo di pubblica ragione.

Aggiugnerò solamente , 1.º che ho creduto inutile d'intraprendere un' opera volu-

*image
not
available*

di legislazione del tribunato, al quale sin dal primo istante ne comunicai il piano. Io mi credo onorato, agli occhi di tutti quei, che conoscono le qualità di tal degno collega, nel render pubblica l'amicizia che ci unisce, e nel far conoscere che ho saputo profittare dei suoi consigli. () Parigi 1.º giugno 1806.*

(*) Il sig. *Faure*, ch'era stato presidente della sezione di legislazione al tribunato, dopo il sig. *Simeon*, divenne consigliere di stato allorchè fu soppresso il tribunato, e lo è nel momento in cui scrivo questa nota (1812)

Nota su la seconda edizione francese.

Essendosi esaurita, fin dal principio dell'anno 1810, la prima edizione di questo trattato, fui sulle prime in forse di ristamparlo. Ma gli avvisi giunti a me ed allo stampatore, sul grán numero delle richieste che se ne facevano, mi convinsero che il pubblico ne desiderava la ristampa.

Ho creduto dover profittare di questa circostanza per migliorare l'opera con alcune aggiunzioni. Non dovea farmi sfuggire l'occasione di confermare colle decisioni delle corti Reali, e soprattutto con quelle della Corte di cassazione, pronunziate dopo la prima edizione del trattato, i principj che io avea basati sopra un considerevole numero di quistioni; e potrei dire sulle più importanti.

Ho messo in testa di ciascun capitolo, o di ciascuna sezione, dei sommarj, che ricordano le quistioni trattate in ciascuno de' numeri, che distinguono le diverse parti dell' opera: ho diviso in sezioni o paragrafi alcuni capitoli, i quali comechè lunghi, erano di un solo contesto. Tutto ciò dee rendere più facile la lettura del trattato. In una parola, nulla ho ommesso di quanto poteva renderlo più utile.

I motivi, che mi hanno animato nella composizione di quest' opera, sono ben noti ai miei concittadini, quindi, nell' annunziare un' aggiunzione in questa edizione, posso dispensarmi dal dimostrare quanto questi motivi sieno puri.

DISCORSO ISTORICO

S U

L' ANTICA LEGISLAZIONE

INTORNO ALLE DONAZIONI, AI TESTAMENTI, ED A TUTTE
LE ALTRE DISPOSIZIONI A TITOLO GRATUITO.

ALLORCHÈ le società si formarono, ed il diritto di proprietà venne riconosciuto, la facoltà di donare dovette essere per l'uomo uno de' modi più lusinghieri di esercitare tal diritto. Quel che gliela rende più grata, è il poter conciliarsi l'affetto de'suoi simili con dei benefizj, o dimostrare la sua riconoscenza per quelli che ha ricevuti.

Si è lungamente quistionato, onde conoscere qual de' due modi di disporre, per donazione cioè, o per testamento, fosse il più antico. S'è fatta quistione sarebbe in vero oziosa, se non si fosse nella necessità di rimontarvi, onde esaminarne una seconda, la di cui decisione è indispensabile, per formarsi delle giuste idee

sopra parecchi punti di legislazione. Questa ultima quistione consiste nel sapere, se la donazione, ed il testamento ripetano la origine loro dal dritto delle genti, o se debba noverrarsi la donazione soltanto tra gli atti che derivano da questo diritto, ed attribuirsi al diritto meramente civile lo stabilimento del modo di disporre con testamento.

Il diritto delle genti è quello che lega tutti gli uomini in generale, fatta estrazione dalle politiche società, alle quali ciascuno di essi può appartenere. Gli atti che emanano da questo diritto sono quelli che stabiliscono tra essi dei rapporti: tali sono la *vendita*, il *deposito*, la *società*, il *mutuo*, il *mandato* ec. Tutte queste convenzioni suppongono il diritto di disporre della sua proprietà, o di vincolarla per effetto della sola volontà dell'uomo; ed è ragionevole di considerare la donazione sotto lo stesso punto di veduta.

È ben altrimenti però pel testamento. L'uomo non ha potuto essere investito del dritto di proprietà se non durante la sua vita: ed ha potuto sembrare che la proprietà doveva cessare alla morte di lui. In quel momento la società poteva riprendere i beni che l'erano stati tolti; ovvero farli passare ai parenti dell'ultimo proprietario, a titolo di successione; oppure permettere a costui di disporre per testamento in favore di chi più gli piacesse. Ogni modo di trasmissione de' beni, dopo la morte del possessore, ha dovuto dunque essere regolato da ciascuna società: conseguentemente desso ha dovuto emanare dalla legge civile.

In questo senso soltanto ha dovuto dire

Montesquieu : » La legge naturale ordina ai padri di nutrire i loro figliuoli , ma ella non gli obbliga di farli loro eredi. La divisione de' beni , le leggi sopra questa divisione , le successioni dopo questa divisione , tutto ciò ha potuto essere regolato soltanto dalla società , e per conseguenza dalle leggi politiche o civili. (1) »

Egli è dunque possibile , che presso taluni popoli l'uso di testare non era stato ancora introdotto , quantunque vi era stata già ammessa la donazione , come una emanazione diretta del diritto di proprietà , che di già eravi riconosciuto ; e la storia ne offre degli esempj. Tacito nel parlare de' Germani , dice , che eglino riconoscevano un ordine di successione , quantunque il testamento non fosse tra essi introdotto (2).

È pur vero , che la donazione tra vivi ed il testamento sieno stati egualmente collocati , nelle Istituzioni di Giustiniano ; tra i modi di acquistare per diritto civile. Ma la divisione delle materie , che è stata fatta sotto questo rapporto , in quel libro , d'altronde sì interessante e sì istruttivo , è stata il soggetto di una immensità di critiche. Eneccio , giureconsulto di vasta erudizione , del pari che di sano giudizio , non ha mancato , in una delle sue opere , di far osservare che questa classificazione era erronea , in quanto riguardava la donazione , e che dessa

(1) Spirito delle leggi , lib. 26. cap. 6.

(2) *Haeredes tamen successoresque sui cuique liberi et nullum testamentum. Si liberi non sunt , proximus gradus in possessione fratres , patruus , avunculi.*

era l'effetto di un errore, ch'egli appone a Triboniano (1).

Le forme antiche della donazione, le quali furono in seguito abolite, erano state regolate dal diritto civile; e Triboniano lasciò sotto l'impero di questo diritto la sostanza e le forme, quantunque a suo tempo tali forme non più sussistessero.

La facoltà di donare trae origine dal diritto delle genti, mentre quella di testare deriva dal diritto civile: e non deesi seguire la opinione di taluni autori, i quali hanno attribuita la origine, sì del testamento, come della donazione al diritto delle genti (2), fondandosi sulla idea, che queste due disposizioni erano egualmente una conseguenza della proprietà individuale.

Bisogna in vero convenire, che la facoltà di testare, comunque ammessa, o prima o dopo la donazione, ha del pari il suo principio nella proprietà.

Potrebbe però dirsi, che l'uomo il quale fa una donazione, dispone de' suoi beni proprj; e

(1) *Inter modos acquirendi juris gentium etiam donatio est. Modis tamen acquirendi civilibus eam recensuit Caius, quia tunc ex lege Cincia non valebat donatio, nisi solemniter et per mancipationem facta. Quod quamvis mutatum esset tempore Justiniani, noluit tamen Tribonianus Caji ordinem turbare.* Heineccius, ant. Rom. ad Institut. lib. 2. tit. 7. in proaem. id. Elem. jur. civ. sec. ord. Pandect. lib. 39, tit. 5, §. 130; Elem. jur. civ. sec. ord. Institut. lib. 2, tit. 7. §. 454; e le sue note sopra tali paragrafi.

(2) Tra essi Furgole, *de' Testamenti*, cap. 1. N. 28, ed altri autori che egli cita.

colui che dispone per testamento , dona i beni dei suoi eredi.

Non per tanto è sembrato ai legislatori, che, riconosciuto una volta il diritto di proprietà individuale , era ben giusto che l'uomo potesse esercitarlo sino all'ultimo suo respiro. Quantunque moribondo , egli è tuttavia proprietario. E per questa ragione Solone introdusse i testamenti in Atene (1); e tale facoltà di disporre è stata successivamente ricevuta presso tutti i popoli inciviliti. Dessa è divenuta una delle consolazioni più dolci , che possa offrirsi all'uomo negli estremi suoi momenti; e deesi convenire , che, sotto una infinità di rapporti, essa presenta grandi vantaggi ; allorchè vien saggiamente ordinata.

Quindi, sebbene la facoltà di testare sia non solamente una conseguenza , ma benanche una conferma particolare del diritto di proprietà , questo carattere , comune ed al testamento ed alla donazione, non distrugge certamente la differenza del diritto primitivo , al quale ciascuna di queste disposizioni dee la sua esistenza.

(1) Grozio , *de Jure belli et pacis* , lib. 2, cap. 6, § 14, seguendo Plutarco, ecco come espone i motivi di Solone : *Effecit ut res cuique suae propriae, et in dominio essent*. Puossi pure osservare che questo legislatore non concesse la facoltà di testare se non a coloro che non avevano figli maschi: *Si nullos superstites habeant liberos masculos*. Così traduce la legge di Solone, nella sua opera Samuello Petit , *Leges atticae* , lib. 6, tit. 6. Colui che avea figlie , e non figli , poteva fare eredi a sua scelta per testamento , ma sotto condizione che tali eredi sposassero le figliuole. Samuello Petit rapporta ancora questa legge di Solone.

Allorchè si fa la distinzione di ciò che appartiene al diritto naturale, al diritto delle genti, o al diritto civile, convien sempre fare una osservazione opportuna a prevenire gli errori, cioè, che la legge civile dee regolare la forma di tutte le disposizioni, come pure di tutti i contratti. Dessa può modificarne l'uso, e vietarle a talune persone, secondo l'interesse degl'individui e quello della società; ma sempre rimarrà vero che per poter conciliare la libertà individuale coll'interesse generale, bisogna che distingua, ciò che dee sempre esistere, e che l'è permesso soltanto di sanzionare e di organizzare, da ciò che può abolire o creare.

A misura che la civilizzazione progredì, si riconobbe il bisogno d'inventare nuovi modi di disporre dei proprj beni. La donazione tra vivi avea l'inconveniente di spropriare attualmente; lo che poteva frastornare dalla intenzione di donare. Il testamento nulla assicurava, poichè era revocabile sino alla morte. Non per tanto abbisognava facilitare, anzi provocare i matrimonj, che sovente non han luogo quando non sono assicurate la sussistenza, e la educazione dei figli. S'immaginarono adunque delle disposizioni, che, lasciando al benefattore la facoltà di amministrare, ed anche di disporre dei suoi beni in altro modo che a titolo gratuito, e senza frode, assicurassero almeno la sua successione. Di qui derivarono le donazioni dei beni presenti e futuri, le istituzioni contrattuali, e talune altre disposizioni che partecipano ad un tempo della natura della donazione tra vivi, e di quella della donazione a causa di morte, od anche del testamento.

Sono queste tante modificazioni introdotte dalla legge civile intorno alla disposizione dei beni , a fine di adattarla ai bisogni, ai costumi, ed ai gusti dei popoli pei quali furono fatte.

Il Codice civile , al titolo *delle donazioni e dei testamenti* , ha conservato parecchie disposizioni gratuite stabilite dall'antica legislazione. Alcune di esse han ritenuto la stessa denominazione; altre ne han ricevuta una diversa; talune altre sono rinate sopresse. Si è giudiziosamente scelto ciò che eravi di più saggio nelle leggi romane e nelle costumanze.

Niuno può conoscere a fondo lo spirito della nostra nuova legislazione , se non conosca almeno i principj e le regole generali dell' antica. Ciò che si è conservato, si valuta molto meglio sotto il rapporto di tutti i cangiamenti, soppressioni, ed addizioni , quando si paragoni con quello che ha esistito.

E con tali vedute intraprendiamo di far conoscere la nostra antica legislazione sulle disposizioni gratuite (1). Noi ricorderemo non solamente la donazione ed il testamento, ma benanche tutti gli altri modi di disporre, che al pari dello stesso testamento, sono , in rapporto alla donazione , quel che le specie sono in rapporto al genere.

Questo discorso riuscirebbe certamente molto im-

(1) Per antica legislazione noi intendiamo quella che è stata in vigore sino alla *rivoluzione*. Le leggi fatte a questo riguardo sotto la rivoluzione sono state troppo ligie dalle circostanze; desse sono state troppo efimere perchè si comprendano in ciò che si risguarderà sempre come la legislazione antica, la quale abbia influito nella nuova.

*

perfetto , e quasi di niuna utilità , se noi non penetrassimo nei principj del diritto romano. Le legislazioni civili di Europa hanno potuto allontanarsene più o meno ; ma questo diritto è stato , e ne sarà sempre l'archetipo. Questa immensa raccolta , di cui non possono dissimularsi le imperfezioni , ed anche gli errori ; sarà sempre la face , che ha rischiarato i passi dei moderni legislatori quantunque eglino abbiansi tracciati nuovi sentieri. La gloria di costoro consisterà nell'aver saputo discernere gli errori in mezzo ad un gran numero di verità ; nell'aver saputo distinguere ciò che poteva essere adattato al nostro stato politico ed ai nostri costumi , da ciò che più non conveniva.

Quantunque noi rimontiamo ai fonti , pure procureremo di essere in questo discorso brevi ed esatti.

Noi tratteremo in altrettante sezioni particolari ,

1. della donazione tra vivi ;
2. del testamento e del codicillo ;
3. della donazione a causa di morte ;
4. delle sostituzioni , dei fedecommissi e del diritto di scegliere ;
5. della istituzione contrattuale ;
6. della divisione dei beni fatta dagli ascendenti tra i loro figli ;
7. della demissione dei beni.

Finalmente , in un' ultima parte , ricorderemo brevemente gli antichi principj relativi alle riserve appartenenti a certe persone ; conosciute principalmente sotto nome di *legittima* , di cui quelle non potevano esser private con disposizioni dei beni.

Tutto ciò che diremo, anche relativamente a quel che non è più in vigore secondo le nuove leggi, non sarà del tutto inutile; e nulla havvi di più vero di quel che un profondo e giudizioso giureconsulto diceva verso la metà del nostro secolo, parlando del diritto romano, e che attualmente può applicarsi ai principj generali dell' antico diritto consuetudinario: « È » interessante di avere una conoscenza del diritto romano, anche nelle cose che più non » osserviamo; le quali, sebbene non siano più » in vigore per noi, non lasciano però di avere » un ligame colle altre materie, che ci servono » no pure di regole e di principj (1) ».

SEZIONE PRIMA.

Della donazione tra vivi, secondo i principj del diritto romano, e della legislazione francese.

Esamineremo quì la donazione sotto il rapporto:

1. della sua natura e dei suoi effetti;
2. delle sue forme;
3. di coloro che non potevano donare tra vivi, e di quelli che non potevano ricevere allo stesso titolo;
4. delle cause che davano luogo alla revocazione della donazione.

(1) Ricard, *des donations*, 1. par., cap. 1., n. 18.

§. 1. *Della natura e degli effetti della donazione tra vivi.*

(Definizione e carattere della donazione tra vivi , secondo il diritto romano.)

Riunendo le disposizioni di molte leggi , la donazione tra vivi secondo il diritto romano poteva essere così diffinita : « Un atto di liberalità fatto di piena volontà , colla intenzione » di trasmettere irrevocabilmente la proprietà » dell' oggetto donato , dall' istante che il donatario lo avea accettato (1) ».

Questa definizione presenta tutte le idee , che si possano formare sulla natura della donazione tra vivi presso i Romani.

Il suo carattere essenziale era in prima la intenzione per parte del donante di spropriarsi dei beni , e per conseguenza la irrevocabilità della disposizione.

(Dell' accettazione.)

Vi bisognava però l' accettazione da parte del donatario. Non reputavasi fatta e divenuta irrevocabile la donazione pria di esser certo che fosse stata accettata. Sino a quel punto

(1) Veggansi le leggi 1. e 9 §. ultimo, ff. *de donationibus* ; la legge 29 in proëmio , e gl' istituti l. 2. tit. 7 , §. 2.

il donante non era affatto legato. Era questo, presso i Romani, un principio elementare, e la consumazione del beneficio ne dipendeva assolutamente (1). Questo principio non è soltanto consegnato nelle leggi: esso vedesi ancora ricordato nelle opere letterarie, e negli scritti drammatici (2).

(Della donazione dei beni presenti e futuri.)

Non ostante il carattere di immediato rilascio e d'irrevocabilità, che aveva la donazione tra vivi per diritto romano; questo diritto stesso avea ammesso che vi si potevan comprendere non solamente i beni presenti, ma benanche i futuri. Dessa era considerata come irrevocabile anche pei beni futuri, quantunque non fosse mandata ad effetto. La stabilità del-

(1) Veggasi la legge 19, §. 2, ff. *de donat.*

(2) *Nam neque deditionem, neque donationem sine acceptione, intelligi posse.* Cic. Top.

Allorchè nell'Andriana di Terenzio, att. 5. sc. 2 Crema dice, che egli dà dieci talenti per dote a sua figlia, Pamfilo ch'è dee sposarla, risponde subito, *Accipio*. Sopra questa parola Donat, commentatore di Terenzio, dice: *Ille nisi dixisset, Accipio, dos non esset. Datio enim ab acceptione confirmatur, nec potest videri datum id quod non sit acceptum.* Non per tanto quantunque Ricard, n. 834, sembri approvare questa interpretazione, pure può dubitarsi, che la medesima non sia esatta. Può stare, che Terenzio non abbia voluto, colla parola *Accipio*, alludere alla disposizione della legge romana, la quale non rendeva la donazione perfetta se non coll' accettazione; e può stare che la signora d'Acier abbia meglio dell'antico commentatore, compreso Terenzio, spiegando la parola *Accipio* nel seguente modo. *Cela est très bien.* (Va benissimo)

la donazione dei beni futuri era concepita nel senso, che dessa dovea necessariamente avere il suo effetto pei beni che si troverebbero al tempo della morte del donante; lo che non avea luogo pel testamento, il quale poteva sempre revocarsi fino alla morte del testatore.

Egli è anche essenziale di osservare, che questa facoltà di donare tra vivi i beni futuri, fu ammessa dal diritto romano nuovo. L'antico diritto non permetteva altra donazione irrevocabile, eccetto quella dei beni presenti.

(Della tradizione)

Ed in vero non potea esser diversamente nel diritto antico; poichè per render perfetta la donazione tra vivi era indispensabile la tradizione reale ed effettiva. Ciò risulta dalla legge 8 del Codice Teodosiano, al titolo *de donationibus*. Le forme della donazione erano quelle che adoperavansi anticamente per la vendita. Desse supponevano che l'uno vendesse e l'altro comprasse, ed avea luogo il rilascio immediato. Questa formalità di una vendita immaginaria portava seco, che la donazione non poteva farsi in termini generali, come per una quota di beni; per esempio, per una metà, per un terzo ec., o per i beni di tale o tal altra natura; ma dovea enunciarsi ciascun oggetto donato. Così disponea la legge 1. del Codice ermogeniano al titolo *de donationibus* (1). La formola

(1) *Generaliter bonorum portio donari non potest,*

della vendita reale, come quella della vendita imaginaria, è conosciuta in tutto l'antico diritto romano sotto al nome di *mancipatio*. Essa esprimea la tradizione da parte dell' uno, e la ricezione della cosa da parte dell' altro. (1)

Ma in seguito queste antiche forme furono abrogate. Giustiniano volle che la tradizione si fosse operata in virtù del semplice patto; che le stipulazioni potessero comprendere l'avvenire del pari che il presente; in modo che la donazione tra vivi venne assimilata agli altri contratti: e molte leggi, ed in particolare la legge 35 al Codice, *de donationibus*, sono concepite nel senso, che le donazioni tra vivi potevano aver luogo tanto pei beni futuri,

cum singulae res nominari debeant, quae donatione, mancipatione, vel in jure cessione transferuntur.

(1) Questa parola *mancipatio* è derivata da *manu capere*. La emancipazione ha la stessa etimologia, perchè nell' antico diritto faceasi sotto la forma di una vendita che il padre faceva del figlio, che emancipava.

Veggasi per quello riguarda il diritto antico, relativamente alla donazione, Eneccio, *Antiq. rom. ad Instit.* lib. 2, tit. 7, § 15; Sigonio *de antiquo jure Romanorum* cap. 11; e Francesco Hotman, *Commentarius verborum juris*, alla parola *Mancipatio*.

Noi osserveremo che tali forme le quali eran connesse con un' antica distinzione delle cose, dette *mancipi et nec mancipi*, furono abolite, del pari che la distinzione medesima, legge unica del Cod., *de nudo jure quiritum tollendo* e colla legge unica Cod. *de usucap. transform. et de sublata differentia rerum mancipi et nec mancipi*.

quanto pei beni presenti, per una quota o per un oggetto particolare (1).

(Della donazione con riserva d'usufrutto.)

In conseguenza di cotesto cangiamento, la donazione tra vivi fu valida, ancorchè il donante avesse ritenuto durante la sua vita l'usufrutto dell'oggetto donato; lo che non avrebbe potuto farsi quando le antiche forme erano in vigore. Questa riserva di usufrutto fu riguardata come una tradizione finta, alla quale si dava lo stesso effetto, che producea la tradizione reale. I giureconsulti ne dettero per ragione, che essendo l'usufrutto di sua natura una servitù, e non potendo alcuno imporre a se stesso una servitù; quando taluno si riserbava l'usufrutto su di una cosa, ciò importava che egli rinunziava alla proprietà, e riconosceva che questa apparteneva ad altri. (2)

Deesi pure rimarcare, per esattezza dei fatti, che la tradizione fittizia fu introdotta pria che la tradizione semplice si operasse col patto o colla convenzione. Questa tradizione fittizia consisteva nella dichiarazione, che faceva il donante o venditore, che se egli possedea, lo era in nome del donatario, o dell'acquirente,

(1) Veggasi Eneccio, *Elem. jur. civ. sec. ord. Instit. lib. 2, tit. 7, §. 459*; Furgole, nelle sue osservazioni sull'ordinanza del 1731, concernente le donazioni, art. 15; e Ricard, *des Donations*, par. 1, cap. 4. sez. 2. dist. 2. N. 977, 1006 e 1012.

(2) Legge 28, e legge 35, §. 5, Cod. de donat.

e col consentimento di costui. Ciò raccogliasi dalla legge 18, ff. *de acq. vel amitt. possess.*; e le leggi citate in rapporto alla riserva dell' usufrutto nella donazione, erano conseguenza di questa. Altro esempio di tradizione fittizia nella donazione lo troviamo nella legge 1. al Codice, *de donat.*: per lo che sembra esservi stati successivamente tre modi di tradizione; la tradizione *di fatto*, la tradizione *fittizia*, e la tradizione *semplice*, la quale operavasi senza dichiarazione particolare, e per sola virtù della donazione (1).

Infine per conseguenza di cotesto cangiamento, la donazione tra vivi comprese, al pari della vendita, tanto le cose incorporee, quanto le corporee (2).

(Della legislazione francese sopra i suddetti punti)

Passiamo ad esaminare la legislazione francese, relativamente ai punti medesimi, testè esposti sotto il rapporto del diritto romano.

In Francia, nei paesi di diritto scritto, non meno che negli altri di costumanza, la donazione tra vivi era stata ammessa, secondo i principj stessi del romano diritto, almeno in quanto alla natura ed agli effetti della disposizione.

Poichè la donazione tra vivi richiedea il

(1) Veggasi Ricard *des donations*, cap. 4, sez. 2, dist. 1, N. 907.

(2) *Potest et citra corporis donationem valere donatio.* Legge 9, in *prooem. ff. de donat.*

rilascio dei beni per parte del donante , il quale preferiva il donatario a se stesso , è forza il riconoscere in tale atto l'esercizio del diritto di proprietà, come nella vendita. Fu perciò, che quantunque le costumanze preferissero pei beni ereditati gli eredi del sangue, in caso di successione non pertanto , nella maggior parte dei paesi di costumanza potevano questi donarsi tra vivi , del pari che i beni di proprio acquisto, ed anche vendersi ; nel mentre che nei paesi medesimi potea disporsi per testamento , (come diremo in appresso) soltanto di una parte , più o meno modica dei beni ereditati.

E per lo favore stesso accordato agli eredi di questi beni richiedeasi , per la validità della donazione tra vivi il rilascio assoluto della proprietà. I redattori delle costumanze, per meglio esprimere ciò, si servirono di questa frase, che poi divenne massima di diritto *donner et retenir ne vaut* (*donare e ritenere non è valido*). Quando si va allo spirito delle costumanze , si scorge, che i redattori delle medesime si espressero in cotal guisa , affinchè i donanti potessero riflettere su le conseguenze di un tal atto ; e per impedir loro di turbare con troppa facilità l'ordine delle successioni , facendo loro travedere che pria dei loro eredi , eglino medesimi rimanevano spogliati dei beni.

L'accettazione era necessaria come nel diritto romano , eccetto però nelle donazioni fatte per contratto di matrimonio in favore dei congiunti o dei loro figli nascituri , nelle quali l'accettazione era supplita di diritto , senza bisogno di esprimerla. Gli articoli 5 e seguenti dell'ordinanza del 1731 , che contengono le disposizio-

ni su tale oggetto, confermarono in tutto l' antica legislazione.

Su la quistione , se la donazione tra vivi poteva abbracciare i beni presenti e futuri , pria della detta ordinanza eravi in Francia una legislazione ed una giurisprudenza varia , la quale dava luogo a grandissime difficoltà.

Nei paesi di diritto scritto poteva sostenersi, che secondo il diritto romano nuovo , e sopra tutto secondo le costituzioni dell' imperadore Giustiniano, contrarie su di ciò all' antico diritto , come testè abbiamo detto , la donazione tra vivi poteva comprendere i beni presenti ed i beni futuri.

In quanto alle costumanze ; alcune di esse aveano ammessa la donazione dei beni presenti e futuri ; altre l'avevano rigettata , e particolarmente quelle, che richiedevano la tradizione reale ed effettiva degli oggetti donati , la quale poteva aver luogo soltanto nella donazione di beni presenti ; altre finalmente, e queste in grandissimo numero , ammettevano semplicemente la donazione *de tous biens* (*di ogni bene*) senza distinguere beni presenti e beni futuri ; lo che sembrava riferirsi ai soli beni della prima specie.

Ricard , la cui opinione faceva grandissimo peso, sostenne con energia e profondità, che per principio generale , e conseguentemente in tutte le costumanze che non aveano regole precise la donazione tra vivi doveva aver luogo soltanto pei beni presenti. (1)

(1) Ved. Ricard , *des donations*, part. 1. c. 4. sez. 2 , dist. 2. N. 1001 e seguenti.

Egli dimostrò ripugnare al principio del rilascio immediato da parte del donante, e della irrevocabilità, la quale formava l'essenza della donazione tra vivi, che questa comprendesse ad un tempo i beni presenti ed i beni futuri. Egli vi scorgea una contravvenzione alla regola fondamentale, *dare e ritenere non è valido*.

Le più possenti ragioni, che mise in campo quel giureconsulto, consistevano nel dire, che non potea esistere donazione tra vivi, là dove il donante conservava il diritto di acquistare o di non acquistare, di vendere ciò che acquistava, di mutuare e d'ipotecare; che era inconcepibile come il donatario potesse acquistare dopo la sua morte; lo che si verificava pei beni futuri, allorchè il donatario moriva prima del donante; e che finalmente non potea supporre in verun modo la consegna, da parte del donante, dei beni, di cui egli potea addivenire proprietario molto dopo.

Era ben regolare che l'autore, nell'approfondire la quistione, esaminasse se la donazione dei beni presenti e futuri potesse essere dividua; vale a dire, se essendo nulla pei beni futuri dovesse rimaner valida pei beni presenti: ed il fece. Egli si determinò per la indivisibilità della donazione; cioè sostenne che dessa era interamente nulla. E si appoggiò sul principio, che dividendo la donazione, sarebbe stato lo stesso che andare contro la volontà del donante; il quale avendo donati i suoi beni sotto la condizione espressa o tacita di pagare i suoi debiti, non esclusi quelli che potesse contrarre posteriormente, non potea dividersi questa ob-

bligazione a suo mal grado , senza distruggere la convenzione stessa.

Ricard non per tanto eccettuava da còtesta regola d' indivisibilità , il caso , in cui si fosse convenuto, che se la donazione non potesse valere per intero , avrebbe il suo effetto pei beni presenti. Ed egli eccettuava benanche dalla regola il caso , in cui il donante avesse semplicemente manifestato cotesta intenzione in qualunque modo, senza però una stipulazione espressa.

La opinione di Ricard produsse una specie di rivoluzione nella giurisprudenza. In seguito le decisioni furono pronunziate conformemente alla sua opinione, mentre per lo innanzi molte di esse erano contrarie.

L'ordinanza del 1731 , art. 15, fece scomparire tutte le difficoltà. Questo articolo proscribbe la donazione dei beni presenti e futuri per tutti i paesi indistintamente, tanto di diritto scritto , quanto di diritto consuetudinario ; senza tampoco accordare la facoltà di scinderla. Questa forma di disposizione ebbe luogo solamente , giusta l' art. 17 , pei contratti di matrimonio ; ed in questo caso la divisione fu permessa , caricando i debiti esistenti nell' atto della donazione ai beni presenti ; ed i debiti posteriori ai beni acquistati dopo.

Risultò ancora da molti articoli di quella legge , e soprattutto dall' articolo 16 , che qualsivogliano condizioni, che, direttamente o indirettamente, facevano dipendere la donazione tra vivi dalla volontà del donante , rendeano nullo l'atto. In conseguenza di questo principio , lo stesso articolo 16 pronunziò la nullità delle donazioni dei beni presenti , » fatte a condizione

» di pagare in tutto o in parte i debiti ed i pesi
» della successione del donante , o altri debiti
» e pesi diversi da quelli esistenti al tempo
» della donazione ». L'articolo 18 stabilì soltanto
una eccezione a questa regola, in riguardo alle
donazioni a causa di matrimonio. Molte costumanze erano redatte cogli stessi principj. Tutto
ciò era conforme alla opinione di Ricard, il quale, credesi generalmente , che abbia influito alle
disposizioni dell'ordinanza del 1731, e colla sua
dottrina e colla profondità del suo intelletto ,
cui si sono sempre renduti i più grandi omaggi.

Dacchè la donazione tra vivi doveva avere
il carattere d'irrevocabilità , e che per ciò
dovea menar seco il rilascio per parte del donante ,
onde investire il donatario delle cose donate ,
risultavane , che la donazione dovesse
essere fatta con tradizione.

Circa il modo di questa tradizione la legislazione
era stata varia. Abbiamo già detto , che nell'antico
diritto romano la tradizione doveva essere reale ed
effettiva ; e che soltanto pel diritto romano nuovo
la tradizione potette aver luogo in virtù del
semplice patto : di modo che il donante potea
riserbarsi l'usufrutto delle cose donate ; e questa
riserva di usufrutto era essa stessa considerata ,
come una tradizione fittizia , per le ragioni che
abbiamo già esposte. Quando non conosceasi in
Francia l'ultimo diritto romano , il quale fu
scoperto nel dodicesimo secolo , vi si osservava
l'antico diritto romano ; ed allora era indispensabile
la tradizione reale per render valida la donazione
tra vivi. Ciò vedesi nelle antiche formole del
monaco Marcullo , ed in alcuni capitolari di
Carlomagno.

Ma quando fu rinvenuto il corpo del diritto compilato da Giustiniano, e questo fu diffuso in tutta l'Europa, si ammise la semplice tradizione operata in virtù del consenso, ossia della stipolazione; e fu permesso al donante di riserbarsi l'usufrutto. Parecchie costumanze contengono una disposizione precisa su di ciò.

Non per tanto alcune di esse ritennero su questo punto gli usi dell'antico diritto romano. Nella maggior parte di tai costumanze i feudatari si riservarono il diritto d'investire il donatario, del pari che l'acquirente. L'atto di possesso era perciò divenuto feudale e coteste costumanze appellavansi *Coutumes de Saisine, de nantissement o de vest* (a): In questo numero erano quelle di *Senlis, Clermont, Valois; Chaumont, Vitry, Laon, Chauny, Sedan, Amiens, Poitiers, Saint-Paul, Boulonnais, Montargis, Bourbonnais, La Marche, Anjou et le Maine* (1).

(Della clausola di costituito e di precario)

Erasi pure, su di ciò, introdotta nel diritto francese una clausola particolare, la quale era riguardata come una tradizione, e che era sufficiente per quest' uopo in talune costumanze,

(a) Nel linguaggio consuetudinario *saisine*, *nantissement*, o *vest* esprimono il complesso delle formalità giudiziarie richieste per poter acquistare il possesso civile di un fondo, per ritenerlo a titolo di proprietà, di usufrutto, o d'ipoteca.

(1) Può consultarsi sopra questa materia una dissertazione storica di Ricard, *des donations*, part. prima cap. 4, sez. 2, dist. 1.

in cui si ammetteva la tradizione fittizia. Questa era la clausola del *constituto* (ossia di costituzione) e del *precario*, di cui trovasi un esempio nell'articolo 275 della costumanza di Parigi. » Non importa dare e ritenere, (dice » il detto articolo) quando si dona la proprietà » di un fondo ritenendo per se l'usufrutto a » vita o a tempo, o *quando vi si appone la » clausola del costituito e precario.* » La costumanza di Normandia contenea la stessa disposizione, art. 446.

Questi vocaboli *constituto* e *precario* erano veramente barbari. Auzanet, sul detto articolo 275 della costumanza di Parigi, diceva che il senso erane *ignorato dal volgo*; ed in vero parecchi notaj li scrivevano senza intenderne il significato.

Il *constituto* rendea la idea di una tradizione fittizia, la quale si operava da che il donante confessava, che egli possederebbe la cosa donata in nome del donatario; egli costituivasi possessore in nome di costui, come un conduttore, o come il detentore di un pegno. Sembra che si fatto uso tragga origine della legge 18, ff. *de acqir. vel amit. possess.*

Il *precario* era stipulato come nel senso di una dichiarazione del donante, che egli rimarrebbe nel possesso per effetto soltanto della volontà, della richiesta o della preghiera del donatario: in tal modo egli riconosceva, che possedeva a nome di quest'ultimo.

Un giureconsulto, il quale spiega il senso di queste clausole (1), fa osservare che desse ope-

(1) Chabrol, *commentatore* della costumanza d'Auvergne sull'art. 14, tit. 14.

ravano effettivamente una tradizione fittizia , la quale era sufficiente per la validità della donazione tra vivi , generalmente in tutte quelle costumanze , in cui non ritrovavansi disposizioni contrarie ; ma che desse non producevano l'effetto della riserva dell' usufrutto , ed erano perfettamente inutili. E soggiunge » che in vece d' imbarazzare » il pubblico con termini che non intende , e » che , al pari di molti altri , servono a disgustar- » lo dello studio della giurisprudenza , e ad » annojare il lettore ; sarebbe più espediente di » rigettare il *constituto* ed il *precario* , che » sovente nè il donante , nè il donatario » intendono. Il donante s' ingannerebbe , se » intendesse riserbarsi l' usufrutto con questo » mezzo. Bisognerebbe adunque attenersi al prin- » cipio , che la riserva dell' usufrutto opera la » tradizione fittizia ; e non più parlare di *con-* » *stituto* e di *precario*. »

Questa osservazione , giusta in se stessa , non era sfuggita allo stesso Ricard ; come raccogliesi da molti passi delle sue opere. (1). Vedremo in seguito che l' attuale nostra legislazione si è renduta in ciò anche più semplice , poichè la tradizione è divenuta una conseguenza naturale del solo consenso delle parti.

Quanto ai mobili o agli effetti mobiliari , che potevano essere compresi in una donazione , l' articolo 15 dell' ordinanza del 1731 dispose , che se la donazione non ne contenea la tradizione rea-

(1) Precisamente ciò che dice nel *trattato delle donazioni* , part. prim. N. 942. *

le, se ne fosse fatto uno stato sottoscritto dalle parti, da rimaner annesso alla minuta della donazione. Senza questa formalità, la donazione era nulla per la totalità de' mobili, e degli effetti mobiliari. Se le parti non sapevano firmare, vi si suppliva con uno stato particolare fatto innanzi notajo, ovvero colla menzione degli oggetti nell'atto stesso della donazione. Risulta da altri articoli di questa legge, che poteva donarsi una somma in denaro, di cui poteva ritenersi l'usufrutto, del pari che dei mobili.

(Della donazione fatta dagl' infermi.)

Secondo i principj dei paesi di *costumanza* era essenzialissimo, che la donazione tra vivi fosse fatta nella decisa intenzione da parte del donante di spogliarsi egli stesso dei beni, non già i suoi eredi, onde l'ordine delle successioni non fosse sconvolto; e le consuetudini ebbero somma cura a distinguere le donazioni, le quali, quantunque concepite colla qualificazione di donazione tra vivi, non pertanto non erano, nè potevano essere se non dei testamenti o delle disposizioni a causa di morte, mascherate sotto il nome di donazioni tra vivi.

Quindi, quasi tutte le *costumanze*, e particolarmente quella di Parigi nell'art. 277, avevano preveduto il caso, in cui una donazione, qualificata tra vivi, fosse fatta da un infermo, il quale morisse per effetto della malattia, da cui era tormentato nell'atto della donazione; ed avevano prescritto, che tale disposizione non valesse come donazione tra vivi.

Per la ragione medesima altre *costumanze*

richiesero, per la validità della donazione tra vivi, che il donante fosse vissuto, dopo tale donazione un certo periodo di tempo, cioè per venti o quaranta giorni; senza aver riguardo allo stato di valetudine o di malattia in cui poteva ritrovarsi nell'atto della donazione.

Ognuno ravviserà che queste ultime costumanze erano men ragionevoli delle prime. Ciò che dovea influire sulla sorte dell'atto era senza dubbio la idea in cui il donante l'avea fatto. Or, egli avrebbe potuto benissimo fare la donazione nello stato di perfetta salute, colla intenzione di spropriarsi dei beni e di poi improvvisamente cessar di vivere, anche prima del tempo di sopra designato, senza che per ciò la donazione cessasse di essere, per fatto e per intenzione, una vera donazione tra vivi. Similmente, secondo tai costumanze, un donante che fosse morto venti o quaranta giorni dopo la donazione, ma che nell'atto di essa fosse stato gravemente infermo e perturbato dalle idee della morte, non avrebbe potuto dirsi, attesa la circostanza dell'epoca della sua morte più o meno prossima alla disposizione, che egli avesse voluto fare realmente una donazione tra vivi.

E poichè talune costumanze, come quella d'Auvergne, art. 36, tit. 14, avea disposto che la donazione, la quale, nel su espresso caso, non valeva come donazione tra vivi, avesse effetto come donazione a causa di morte, e potesse attribuire al donatario in virtù di donazione di quest'ultima specie la porzione disponibile, la di cui quota era limitata relativamente alla donazione tra vivi; surse disputa se nelle costu-

manze, che non conteneano su questo oggetto alcuna disposizione, non che in quelle, le quali non riconoscevano la donazione a causa di morte; la donazione tra vivi dovesse avere l'effetto di una donazione a causa di morte, o di un testamento: poichè, nei paesi di costumanza, era difficile il determinare una differenza effettiva, tra queste due specie di disposizioni.

Ricard, che è utile di citare sovente su di una materia, di cui, egli meglio di chiunque altro, ha fissato i principj, sostenne con vigore la negativa.

Egli mise per principio, e tenne per fermo: »
 » che secondo le costumanze dovea ammetter-
 » si soltanto la donazione tra vivi ed il testamen-
 » to; che queste due specie di disposizioni non
 » potevano essere in modo veruno convertite
 » l'una nell'altra; che era indispensabile di
 » rivestire delle formalità prescritte dalla costumanza per la validità dei testamenti ogni disposizione che si volea fare come donazione a causa di morte e testamentaria. » (1)

Questa opinione fu in fine adottata nell'articolo 4 dell'ordinanza del 1731, la quale fissò le idee su questo particolare. Si dispose in esso che » ogni donazione tra vivi, la quale non fosse » valida come tale, non potesse valere come » donazione o disposizione a causa di morte, » o testamentaria, di qualsivoglia formalità fosse rivestita. »

(1) *Traité des donations*, part. prim. cap. 2, N. 43. Su tutto ciò che abbiamo detto può consultarsi il capitolo 2 ed il capitolo 3., sez. 1.

Questo articolo divenne una legge generale per tutta la Francia. Ma conviene far rilevare quì, che quanto abbiamo detto intorno allo stato di sanità o di malattia, al quale la donazione tra vivi era subordinata, non aveva luogo nei paesi di diritto scritto. In cotai paesi, non essendovi alcuna differenza quanto alla quota disponibile, poichè si poteva disporre di tutto egualmente o con testamento o con donazione tra vivi; un infermo poteva, anche moribondo, donare con atto tra vivi o con testamento. Ciò risultava dalla legge 42, §. 1, ff. *de mortis causa donat.*, ove si dispone, che in questo caso, la donazione non era a causa di morte, ma fatta da un moribondo: *non tam mortis causa, quam morientem donare* (1). I Romani ammettevano che un moribondo poteva fare la tradizione necessaria per la donazione tra vivi; e qualora si ripristinava in salute, non poteva rinvocarla.

Eravi per altro in questa legislazione il seguente vizio. Il donante infermo poteva facilmente essere circonvenuto con suggestioni, da cui il suo stato di debolezza non permetteva di guarentirsi; e per metterlo al coperto dai perfidi suggerimenti sarebbero state indispensabili le forme testamentarie, le quali tendono a tale oggetto. Fu per ciò che la costumanza di Berrì, i di cui redattori si erano singolarmente attenuti al diritto romano, nell' ammettere che la donazione concepita tra vivi, dovesse avere il suo

(1) Ved. Furgole nelle osservazioni sull' art. 4 del l'ordin. del 1731.

effetto come tale, quantunque il donante fosse gravemente ammalato, e che fosse morto della stessa infermità, dispose (art. 18, tit. 18,) che si osservassero in essa le formalità del testamento.

(Utilità di quanto si è detto).

Nel Codice civile, al titolo *delle donazioni e dei testamenti*, si sono adottati parecchi degli antichi principj che abbiamo ricordati di sopra, i quali erano stati introdotti o confermati coll' ordinanza del 1731: ma anche in esso si è deviato da taluno dei detti principj ad oggetto di andare ad altre idee. Quando saremo alla esposizione dei principj del Codice civile, faremo osservare coteste modificazioni, riportandoci a quel che attualmente diciamo, ed allora ognuno sentirà di quanta utilità sia il conoscere le regole e le variazioni stesse dell' antica legislazione, per meglio internarsi della nuova.

§. 2. *Delle forma della donazione tra vivi.*

(Delle forme, secondo il diritto romano).

Da quanto abbiamo detto risulta, ch'essendosi abolite le antiche forme usate nel vecchio diritto romano per operare la tradizione, la donazione si perfeziona ora colla sola stipolazione, a similitudine della vendita, alla quale Giustiniano la paragona (1). La promessa di consegnare stette in luogo della stessa tradizione.

(1) *Et ad exemplum venditionis, nostra constituitur*

Dessa però fu sottoposta ad una formalità estrinseca, la quale in seguito passò nel diritto francese. Intendo parlare della *insinuazione*, la quale consisteva nella trascrizione della donazione sopra pubblici registri destinati a quest'oggetto.

Questa formalità fu introdotta dall'Imperador Costantino (1). Dessa ebbe per oggetto d'impedire che il pubblico fosse ingannato, contrattando con colui, che avesse già consumata la sua fortuna con donazioni ignote; soprattutto quando esse erano fatte dal padre in favore dei suoi figli. La *insinuazione* impediva eziandio agli eredi di accettare imprudentemente una successione assorbita da somiglianti disposizioni.

Giustiniano confermò la formalità della *insinuazione*, ma ne dispensò le donazioni il di cui valore non sorpassava quello di cinque cento scudi; (2) mentre che per lo innanzi la dispensa della *insinuazione* non aveva luogo, se non per la donazione, il di cui valore, non ecce-

eos etiam in se habere necessitatem traditionis voluit, Institut., lib. 2, tit. 7, § 2.

(1) Leg. 25, codice *de donationibus*.

(2) Leg. 36. § 3. cod. *de donat.* Istit. § 2. *usque ad quingentos solidos*. Gli autori francesi valutano questa somma comunemente per *cinquecento scudi*. Vinnio, sopra questo § degl' Istituti, valuta questa moneta a due mila cinque cento fiorini, *quingenti solidi efficiunt 2500 florenos*. Vedeasi nel dizionario di Trevoux, alla parola *fiorino*, che il fiorino di Francia valeva altra volta 12 soldi, cinque dei quali fanno uno scudo. Se Vinnio avesse inteso di parlare di questo fiorino, il conto dei 500 scudi sarebbe esatto: del resto basta sapere che gl' imperadori romani avevano inteso di eccettuare dalla *insinuazione* le donazioni di picciolo valore.

deva i dugento scudi. Giustiniano dispensò pure da questa formalità certe donazioni, che erano molto favorite in grazia del loro oggetto: ci dispensiamo di parlar di queste donazioni, perchè sono troppo estranee ai nostri usi. Il nostro principale scopo è stato di ricordare quì l'origine, ed il motivo della insinuazione, che ha avuto luogo sino a' dì nostri, e che è stata conservata nel Codice civile, sotto il nome di *trascrizione*.

(Delle forme, secondo la legislazione francese.).

In Frància le formalità della donazione furono semplicissime. Secondo le prescrizioni degli articoli 1.º e 2.º dell'ordinanza del 1731, dessa poteva, come gli atti ordinarj, esser fatta innanzi a due notaj, ovvero innanzi ad un notajo e due testimonj.

Non per tanto le formalità particolari prescritte da talune costumanze, o da taluni statuti locali, tendenti a meglio assicurare la intenzione del donante, e guarentirlo da ogni sorpresa, doveano esser sempre osservate, giusta ch'era disposto nell'art. 2.

Egli era sopra tutto necessario, secondo l'articolo 1.º, che se ne formasse minuta, e ciò sotto *pena di nullità*. Questa formalità aveva per oggetto d'impedire che la donazione non rimanesse in potere del donante, il quale avrebbe potuto sopprimerla: lo che sarebbe stato contrario al principio d'irrevocabilità.

La insinuazione, giusta i principj del diritto romano, era richiesta da molte ordinanze antiche, le quali furono confermate con quella del 1731, art. 20. Ma secondo gli articoli 19, e 22, le

donazioni a causa di matrimonio in linea retta, e tutte le donazioni di cose mobili, quando eravi tradizione reale, o quando esse non sorpassavano il valore di mille lire, (*duc. 227 circa*) erano eccettuate da questa formalità.

§. 3. *Di coloro che non potevano donare tra vivi, e di quei che non potevano ricevere allo stesso titolo.*

(Della incapacità, che risultava dalla qualità di figlio di famiglia)

Ognun comprende di leggieri, che non poteano donare se non coloro, cui le leggi accordavano la libera disposizione dei proprj beni; e che chi non poteva vendere, non poteva neppure donare. È questo un assioma consagrato in moltissime leggi, e che d'altronde emana dai semplici lumi della ragione.

Per effetto della patria potestà, il figlio di famiglia, senza il consenso del padre, non poteva fare alcuna donazione, nè tampoco del suo peculio (*a*): eccetto però il peculio castrense; vale a dire, quello che provenivagli dalle militari fatiche; ed il peculio quasi castrense, che consisteva in ciò che acquistava coll' esercizio di pubbliche funzioni, civili, od ecclesiastiche, o coll' esercizio della professione forense. Di tai beni egli potea liberamente disporre; del pari che potea fare di quanto gli veniva donato a con-

(*a*) Tal divieto riguardava soltanto il peculio Avventizio e profitizio.

dizione di poterne disporre senza la paterna permissione (1).

Questa legislazione, che era osservata ne' paesi di diritto scritto, salvo alcuni particolari usi, era affatto ignota ne' paesi di costumanza; del pari che era ignoto quel che riguardava i peculj.

(Della incapacità per causa della morte civile)

Erano incapaci di donare e di ricevere coloro i quali per effetto di condanna per reati, erano morti civilmente: questo cangiamento di stato era conosciuto presso i Romani sotto la seguente denominazione *Capitis diminutio*. Gli effetti di tal diminuzione di capo erano più o meno rigorosi, secondo la natura dei reati e delle condanne. Non è quì il luogo di entrare nelle particolarità delle diverse specie di tali condanne. Ci limiteremo a far osservare soltanto, che i Romani colla parola *caput* intendevano non la sola persona di un cittadino romano, ma benanche il complesso di tutti i diritti annessi a questo titolo.

Oltre la condanna alla morte naturale, ve n' erano di due altre specie. L'una, chiamata in diritto *maxima capitis diminutio*, che conservando la vita naturale al colpevole toglievagli la libertà, ed il diritto di cittadinanza; tal'era la condanna ai lavori delle miniere. L'altra, conosciuta sotto il nome di *media capitis diminu-*

(1) Legge 7. in prooemio, §. 6. ff. *de donationibus* Legge 25, § 1, *de mortis causa donationibus*. Ibid.

tio, la quale conservava la vita e la libertà, e faceva perdere al condannato il diritto di cittadinanza; tal' era la deportazione. Coloro che soffrivano l' uno o l' altro di questi due cangiamenti di stato, erano privi di tutti i vantaggi, che emanavano dal diritto civile; eglino potevano soltanto partecipare del diritto delle genti. Questo stato è quello che è passato nelle legislazioni posteriori col titolo di *morte civile*; denominazione che per brevità useremo in seguito, anche rispettivamente al diritto romano (1).

I principj intorno a ciò si attingono dalla legge 15, ff. *de interdictis, et relegatis, et deportatis*. Secondo questa legge (2), il deportato per condanna giudiziaria (poichè la deportazione ordinata semplicemente dal principe non avea effetto veruno, relativamente ai diritti civili), e con

(1) Eravi nel diritto romano un terzo cangiamento di stato, conosciuto sotto il nome di *minima capitis diminutio*. Questo però riguardava soltanto i diritti di famiglia, ed era quello che nasceva dalla *emancipazione*, dall' *arrogazione*, e dall' *adozione*. Desso però non avea di comune con quello di cui qui trattiamo, se non una parte della denominazione: sopra tutto non era disonorante.

(2) Egli è opportuno di riportarla per intero *Deportatus civitatem amittit, non libertatem, et speciales quidem jure civitatis non fruuntur, jure tamen gentium utuntur: emit enim et vendit, locat, conducit, permutat, foenus exercet, et caetera similia. Et postea quaesita pignori dare potest, nisi in fraudem fisci, qui ei mortuo successurus est, ea obliget. Priora enim bona, quae publicata sunt, alienare non potest. Deportatus a praeside sive principe, et haeres existere, et legata ex testamento capere poterat.*

maggior ragione colui, il quale fosse condannato a pene più gravi, non poteva partecipare se non al solo diritto delle genti: egli era privo di tutti gli effetti del diritto civile.

Cotesta legge fa la enumerazione dei contratti nascenti dal diritto delle genti. Ella novera tra questi il diritto di comprare e di vendere, di locare e di condurre, di commerciare, e di fare ogni altra convenzione di simil natura, *et caetera similia*.

Una classificazione presso a poco simile, di ciò che derivava dal diritto civile, e dal diritto delle genti, la ritroviamo nella legge 5, ff. *de justitia et jure*.

Da tai premesse egli è evidente, che coloro i quali aveano subito la morte civile, non potevano nè succedere, nè testare, nè ricevere per testamento. Eglino erano pure incapaci di dare e di ricevere a titolo di donazione a causa di morte. Ciò lo fa pure supporre la legge 7, ff. *de mortis causa donationibus*: d'altronde, secondo le leggi stesse, eravi, sotto il rapporto della capacità, tanta affinità tra la donazione a causa di morte ed il testamento, che coloro i quali non potevano dare o ricevere sotto l'uno di questi due titoli, neppure potevano dare o ricevere sotto l'altro. Era non pertanto, alle persone private della vita civile, permesso di ricevere disposizioni a titolo di alimenti, giusta la legge ff. *de 16, interd. et releget. deportat.* che è molto interessante su questo proposito. (1).

(1) *Cum Ulpianus Damacenus rogasset imperatorem, ut sibi permitteret matri relinquere ad victum necessaria,*

Ma potevano eglino dare o ricevere a titolo di donazione fra vivi?

Avendo il diritto romano messo la donazione tra vivi nel numero dei mezzi di acquistare per diritto civile, sebbene alcuni dotti avessero osservato che ciò fu per errore di Triboniano, che avea preseduto alla compilazione del corpo del diritto, come dicemmo nel principio di questo discorso; sembra potersi da ciò concludere che le persone, le quali trovavansi nello stato di morte civile erano incapaci di dare e ricevere per donazione tra vivi. La legge, di cui abbiamo riportate le disposizioni, dava loro solamente la facoltà di fare i contratti di diritto delle genti, come la compra, la vendita, la locazione e conduzione, e quelli che dipendevano dal commercio. E quando la legge istessa dice, anche le altre convenzioni simili, *et caetera similia*, tali espressioni debbonsi riferire ai contratti della stessa natura, cioè a quelli fatti a titolo oneroso; conseguentemente debbono escludersene le disposizioni a titolo gratuito.

Niuna legge pronunzia espressamente contro le persone, che erano nello stato di morte civile, la interdizione di ricevere per donazione tra vivi; ma il ragionamento, che abbiamo esposto, ne suppone la esistenza. E su tal fonda-

et matrem per libertum ut quaedam sibi liceret filio deportato relinquere, imperator Antoninus eis rescripsit in hunc modum: Neque haereditas, neque legatum, neque fideicommissum contra mores et jus publicum hujusmodi personis relinqui potest, nec conditio harum personarum mutari debet. Quod vere pie rogastis, liceat vobis ultima voluntate eis ad victum et alios usus necessarios sufficientia relinquere, eisque ex hac causa relicta capere.

mento la giurisprudenza francese, si determinò ad ammettere tale interdizione (1).

L'incapacità poi di donare a questo titolo si trova dichiarata in parecchie leggi (2). Non dee, per tanto, dissimularsi, che secondo lo spirito delle esposte leggi, tale interdizione avea per oggetto d'impedire, che si frodassero i diritti del fisco, il quale succedeva ai morti civilmente; quantunque non è men vero che la incapacità in se stessa era conseguenza della pena del reato. Non si trovò regolare che gli uomini, i quali aveano portato il disordine e la agitazione nella società, godessero i vantaggi della vita civile. Eglino non aveano nè patria nè famiglia, e doveano avere soltanto la capacità pe' contratti assolutamente necessarj pel sostentamento della vita, poichè erano indegni di partecipare di quelli, che ne formano le dolcezze. La legge penale dunque ben potea privarli della capacità di dare e di ricevere a titolo di donazione, qualunque siasi la natura di quest'atto relativamente agli altri contratti: cioè, sia che debba derivarsi dal diritto delle genti, sia che possa attribuirsi al diritto meramente civile.

Noi abbiamo creduto pregio dell'opera il rischiarare diligentemente questa parte di legislazione romana, dappoichè si è trasfusa nella francese; e che d'altronde parecchi autori i

(1) V. Richer, trattato sulla morte civile, lib. 3. c. 1. sez. 6. c 7.

(2) Particolarmente nelle leggi 15. ff. *de donat*; 7. ff. *de mortis causa donat*; e 45, ff. *de jure fisci*.

quali hanno voluto parlarne sotto al rapporto storico del romano diritto, non lo han fatto con tutta la chiarezza necessaria.

(Della donazione tra conjugi, e di quella del padre in favore dei figli, secondo il diritto romano)

Vi erano due altri casi, nei quali non potea farsi la donazione tra vivi; o almeno la donazione, quantunque concepita a titolo di donazione tra vivi, avea effetto, a similitudine della donazione a causa di morte, solo quando il donante perseverava, sino all'estremo momento, nella volontà, che avea manifestata di voler donare; di modo che egli poteva rievocare la donazione sino alla sua morte.

Ciò si verificava nella donazione tra il padre ed il figlio non emancipato, e tra conjugi. Egli è tanto più essenziale di ricordare i principj di questa legislazione, in quanto che dessi erano passati nel diritto francese, almeno pei paesi di diritto scritto; e vi si sono osservati sino a dì nostri, in virtù dell' art. 46 dell' ordinanza del 1731, il quale stabilì, che rimanevano in osservanza in fino a quando altrimenti si fosse disposto; lo che non mai ebbe luogo: d'altronde, nel codice civile si sono conservate delle tracce di questa stessa legislazione, almeno in quanto alla donazione tra conjugi durante il matrimonio.

Secondo l' antico diritto romano, il figlio era talmente sotto la potestà del padre, che quanto il figlio acquistava era di quest' ultimo. Egli, come cittadino, godeva l' esercizio de' diritti politici; ma in quanto ai diritti privati,

egli era considerato come cosa del padre, e come mezzo, di cui poteva questi servirsi, onde acquistare in suo pro. I figli erano anche chiamati schiavi domestici, *servi familiares*. Da ciò ne seguiva, che inutilmente il padre avrebbe donato al figlio, imperciocchè avrebbe donato a se stesso.

La medesima ragione valea rispetto alla donazione tra congiugi; perchè, secondo gli antichi usi di Roma, la donna era nel medesimo stato di servitù in rapporto al marito. Per lo che in questi due casi, si diceva che l'unità delle persone escludeva ogni possibilità di convenzioni tra loro (1).

Ma questi antichi costumi, che portavano l'impronta del carattere duro e feroce dei primi Romani, e che sentivano della schiavitù, che avevano stabilita tra loro, si raddolcirono a misura che progredì la civilizzazione; e conseguentemente la legislazione prese un carattere molto differente. L'autorità dei padri e dei mariti fu

(1) Ved. Eneccio, *elem. jur. civ. sec. ord. pand.* lib. 1. tit. 6, §. 143 e 144, e lib. 24. tit. 1 §. 214, e seg. *Cum enim uxores* (ivi si dice) *olim in manum convenirent, et tunc essent loco filiarum familias*. Veg. pure *elem. jur. civ. sec. ord. instit.* lib. 2. tit. 7. §. 458, e tit. 15. nota al §. 2. Cicerone nei suoi discorsi *pro Muræna et pro Flacco*, si esprime nel modo seguente, parlando di quest'antica tutela delle donne, *Vetustissimo jure sine tutore nulla foemina fuit*. Eravi anche di più, secondo Boezio su i topici dello stesso autore, allorchè il marito moriva prima, la moglie non poteva contrarre matrimonio in altra famiglia, se il marito non glielo aveva permesso col testamento. Parecchi autori fanno osservare, che questa tutela si è insensibilmente abolita, senza che vi fossero state leggi particolari su di ciò.

forse sempre severa, sino alla decadenza della repubblica; ma questa severità istessa era autorizzata dalla politica e dalla morale.

I conjugj ebbero la facoltà di donarsi reciprocamente. Ma fu permesso ciò a condizione, che la liberalità non sarebbe definitiva se non colla perseveranza sino alla morte di colui che aveala esercitata. Ciò fu stabilito con un senato consulto emanato nell' anno 955 della fondazione di Roma, che fu provocato dall' imperadore Severo, e da Antonino suo figlio, soprannominato poi *Caracalla*. Alcuni frammenti del discorso pronunziato su quest' oggetto nel senato, sono riportati in molte leggi del Digesto e del Codice, al titolo *de donationibus inter virum et uxorem*. Ricordiamo sempre con soddisfazione la morale, e dimentichiamo per poco che il nome di uno degli autori di legislazione sì bella è stato giustamente diffamato dalla storia, e che, riguardo all' altro, essa ci ha tramandato più vizj che virtù.

Da una banda il timore che i conjugj si spogliassero inconsideratamente dei loro beni, e fossero esposti alle seduzioni ed al pentimento, che i sentimenti di cupidigia e di avarizia subentrassero ai puri affetti che deggono unirli; e che in fine il matrimonio fosse avvelenato da oggetti di angosce e di dispiaceri; dall' altra banda il desiderio che l' educazione dei figli fosse l' unica cura dei conjugj, i quali se ne sarebbero alienati, se si fosse lasciato adito agli esposti disordini; ecco quali furono i motivi del senato consulto (1).

(1) V. le leggi 1, 2, 3, e 42, ff. *de donat. int. vir. et ux.*

Dallo spirito di tai leggi raccogliesi, che, nell'esposto caso, la donazione era, inquanto agli effetti, una vera donazione a causa di morte. Risulta pure da taluna delle di loro disposizioni, che se il conjuge donatario moriva pria del donante, la donazione rimaneva senza effetto (1); e la quarta falcidia, di cui parleremo in seguito, aveva luogo come pei testamenti e per le donazioni a causa di morte (2).

Riguardo alle donazioni del padre in favore dei figli, siccome l'antico stato delle cose, di cui abbiamo di già parlato, non più sussisteva, così venne a mitigarsi l'antico rigore del diritto, che interdiceva ogni sorta di disposizione tra loro. La donazione fu quindi permessa, ma lo fu egualmente a condizione, che il padre potesse revocarla. Si osserva costantemente su questo particolare lo stesso spirito, sopra tutto nel titolo del codice, che anche per questa ragione è intitolato, *de donationibus inter virum et uxorem, et a parentibus in liberos factis, et de ratihabitione*. La legge 25 di questo titolo assimila perfettamente la donazione del padre in favore del figlio, a quella tra conjugi. Si temette che tra sì stretti parenti, lo spirito di vile interesse corrompesse le affezioni della natura. I genitori vollero assicurarsi della condotta dei loro figliuoli, riservandosi di punirli revocando il beneficio. Un altro motivo ancora lo somministrò il gusto dei Romani per la libertà illimitata di testare, alla quale essi mettevano massimo interesse, e

(1) V. la legge 13 ff., e la legge 6. al cod. *ibid.*

(2) V. legge 12. al codice, *ad legem falcidiam*.

per cui restringevano, per quanto era possibile, tutto ciò che poteva privarveli interamente, o limitarla.

Vi erano dei casi in cui la donazione diveniva irrevocabile, come, quando dopo la donazione il padre emancipava il figlio, e lo scioglieva dalla sua potestà: presumevasi allora che egli aveva confermata la donazione. Poichè però questa parte della legislazione è oggi addivenuta estranea alla nostra, crediamo sufficiente indicarne il principio, senza entrare nelle sue particolarità.

(Dell' enunciate donazioni secondo la legislazione francese)

In quanto alla legislazione francese, tutto ciò che abbiamo detto in riguardo alla donazione del padre in favore dei suoi figliuoli avea luogo nei paesi di diritto scritto, in conseguenza dell' articolo 46 dell' ordinanza del 1731: questa legislazione però era ignota, almeno generalmente, nei paesi di costumanza.

Per ciò che concerne le donazioni tra coniugi, nei paesi di diritto scritto seguivasi la legislazione romana. Le costumanze però aveano ammesso su di ciò regole differenti, le quali non pertanto in varj punti coincidevano nel principio ammesso nel diritto romano.

Desse possono ridursi a quattro classi.

Le prime proibivano tra coniugi ogni vantaggio diretto o indiretto, durante il matrimonio. Però tanto il diritto romano, quanto le costumanze e l'ordinanza del 1731, permettevano qualunque disposizione nel contratto di matrimonio.

Tali erano le costumanze di Parigi, di Orleans, e molte altre.

Nella maggior parte però di queste costumanze i conjugj aveano la facoltà di farsi, durante il matrimonio, un mutuo donativo, almeno di certi beni; ed in taluni casi.

Le seconde vietavano le donazioni tra vivi durante il matrimonio, salvo il mutuo donativo di talune specie di beni, ed in certe circostanze solamente: esse permettevano però le donazioni testamentarie.

Le terze non solamente ammettevano le donazioni, che l'uno de' conjugj faceva all'altro col testamento, ma benanche le donazioni tra vivi, e queste aveano la loro esecuzione allorchè il conjugue donante premoriva senza averle rivate, conformemente ai principj del diritto romano.

Le quarte permettevano all'uno dei conjugj di fare all'altro una donazione tra vivi semplice, almeno in certi casi, e con talune limitazioni (1).

Nelle costumanze della prima e quarta classe osservavasi appunto la severità dell'antico diritto romano, con talune leggiere modificazioni; e desse si riportavano a questi medesimi principj allorchè permettevano il donativo reciproco, solamente quando eravi una perfetta eguaglianza. Questa eguaglianza faceva cessare ogni profitto dell'uno sull'altro; la volontà di donare era rispettivamente subordinata all'evento;

(1) Pothier, *trattato delle donazioni tra marito e moglie*, N. 7. e seg. entra in una suddivisione di ciascuna classe di queste costumanze, che si può consultare, ma che credo inutile al mio soggetto.

e l' azzardo faceva sparire il timore dell' abuso , al quale l' ultimo diritto romano avea voluto rimediare.

Le costumanze della seconda e terza classe , aveano adottato il nuovo diritto romano introdotto sotto gli imperadori Severo ed Antonino Caracalla.

Io aggiungo che vi erano anche delle costumanze particolari , come quella di Auvergne , le quali permettevano che il marito disponesse in favore della moglie, e proibiva la reciprocanza da parte della moglie.

Coteste costumanze aveano per iscopo di mettere il sesso più debole al coverto della influenza del più forte.

(Delle disposizioni tra persone che vivono in concubinato.)

Le disposizioni tra persone che vivevano in una illecita unione , ed in favore dei figli naturali , aveano anche richiamata l' attenzione dei romani legislatori.

La unione d' individui di diverso sesso , colla intenzione di vivere insieme senza autorizzazione della legge , e senza religiose cerimonie , non ha potuto esistere senza disordine , se non prima della formazione delle società. Da che queste cominciarono a progredire si riconobbe la necessità di rendere questa unione il contratto più importante , di sanzionarlo con forme legali , e di consacrarlo colla religione. Fu indispensabile di onorare il matrimonio , che è il fondamento essenziale dell' ordine sociale. Questo è basato sulle famiglie , le quali si formano col matrimonio.

Leggesi quasi in tutti i libri , che il con-

cubinato era ammesso presso i Romani. Questa proposizione ha bisogno di spiega, poichè giova molto di formarsene una giusta idea. Questa può spandere molto lume su la quistione, se, nello stato attuale della legislazione francese, i donativi tra persone che abbiano vissuto in un commercio illecito, potessero oppur no essere attaccati; quistione che discuterò nel corso del trattato.

Fin dai più antichi tempi di Roma, e fin che durò la repubblica, il concubinato vi fu riguardato con rossore. Numa che si sforzò di rendere il matrimonio indissolubile, circondandolo di politiche e di religiose solennità, sanzionò contra il concubinato la seguente legge, che i monumenti ci han conservata: » Che sia respinta » dall' altare di Giunone ogni donna la quale » abbia vissuto in unione illegittima. Se però » ella si penta del suo errore, possa espiarlo » coll' offerta dei suoi capelli, e col sacrificio » di un' agna (1). »

(1) *Pellex aram Junonis ne tangito. Si tangit, criminibus demissis agnum foeminam caedito. Festo, sulla parola Pellices. Veggasi Francesco Hotman, comment. de verb. jur. alla parola Pellicem, e le formole di Brissonio, lib. 1. pag. 46. ediz. del 1583.*

Non deggio dissimulare, che la traduzione da me data di questa legge, può incontrar difficoltà, sopra tutto secondo ciò che ne dice l' autore del dizionario delle antichità romane alla parola *Pellex*. Ma mi sembra che questa traduzione, che è quella appunto fatta dal sig. Cahier sostituto del procuratore generale presso la corte di appello di Parigi, nelle sue conclusioni in causa Châteaugiron, pag. 26, mi sembra la più esatta.

Dopo la prima edizione di questo trattato, ho più particolarmente osservato, che poteva leggersi con frutto, sul modo di intendere la legge che si attribuisce a Nu-

Fu nel secolo il più illuminato, e nel tempo stesso il più corrotto, che si vide autorizzato il concubinato. Ciò fu la conseguenza delle leggi papie, che furono fatte sotto Cesare Augusto (1). Sono noti gli sforzi fatti da questo imperadore per condurre i cittadini al matrimonio, e far cessare il flagello del celibato, che in allora era molto spaventevole.

Io non ho trovato in alcun luogo esposti con precisione i motivi dell'autorizzazione del concubinato; ma debbe prosumersi che tale stato, il quale non richiedea le virtù, che accompagnar debbono il matrimonio, fosse ammesso per supplire a questo, o almeno per evitare maggiori mali.

Il matrimonio è senza dubbio la vera sorgente della popolazione; ma sotto questo rapporto medesimo il concubinato non poteva essere paragonato alla dissolutezza, che è seguita soltanto dal pentimento e dalla vergogna.

In tal modo il concubinato non fu più uno stato vergognoso; non fu considerato come un' offesa fatta ai costumi; non venne riprovato dalla legge, che il riconobbe solennemente. *Nam quia* (dice una legge) *concubinatus per leges nomen assumpsit, extra legis poenam est* (2).

ma, ciò che ne dice il sig. Bouchaud, nel suo commentario sulla legge delle dodici tavole, 2.^a ed. tom. 1. p.616.

(1) Veggasi il comentario latino d' Eneccio, *ad legem Juliam et Papiam Poppaeam*, una delle più dotte opere di quel profondo giureconsulto.

(2) Legge 3, ff. *de concub.*

Intanto cotesta unione puramente naturale, alla quale può dirsi che fece far ritorno la corruzione dei costumi, retrogradando dallo stato di civilizzazione a quello di barbarie, non ebbe mai gli onori accordati al matrimonio dalla legge civile. Dessa era un fantasima del matrimonio, ma non mai ebbe il privilegio accordato a questo. La qualificazione di concubina non menava seco idea spiacevole, e potea pronunziarsi senza arrossire; ma la sola moglie ebbe il diritto a tal titolo. Gli ornamenti, dei quali la moglie di un cittadino elevato ad alto grado avea diritto di abbigliarsi, ad oggetto di partecipare in qualche modo alla dignità del marito, non mai furono permessi alla concubina. Niuna disposizione le assicurava una dote; anzi parlando legalmente non potea costituirsi. I figli, che nascevano da tale unione, non erano certamente confusi con quelli che erano il frutto di una tenebrosa crapola: (1) eglino, al nome della loro madre, aggiungevano spesso quello del padre; eglino potevano aspirare a dignità, ma non ebbero mai nè il diritto di famiglia, nè quello di succedere. Il padre naturale giammai ebbe su di loro quel diritto, che le leggi accordavano ai padri sopra i figli nati in costanza di matrimonio, quella *patria potestà* che i Romani avevano in tanto pregio. In una parola, il concubinato divenne uno stato medio, egualmente lontano dalla infamia attaccata al libertinaggio, e dagli onori dovuti al matrimonio.

(1) I primi erano chiamati semplicemente, *liberi naturales*, gli altri *spurii* o *nothi*, e *vulgo quaesiti*, parole che comprendevano idee di vergogna.

Desso ebbe luogo tra persone libere , e che d'altronde avrebbero potuto, secondo le leggi, congiungersi in matrimonio. Non per tanto si videro uomini ammogliati, i quali avevano una concubina. Ma finalmente sotto l'imperadore Costantino , il concubinato fu permesso a colui soltanto che non era ammogliato. L'istoria insegna che taluni imperatori, come Vespasiano , Antonino e Marco Aurelio , rimasti vedovi ne dettero l'esempio. Si ricorse allora al concubinato come ad un sollievo dello stato vedovile, e si scusò col dire , che non era conveniente di dare una matrigna ai figli nati da un primo matrimonio ; e che questi fossero obbligati di dividere coi figli del secondo letto i beni che aveano sperato di raccogliere per intiero. Eneccio dice , potersi presumere, che tai motivi determinarono Augusto ad autorizzare il concubinato. Ma potrebbe stare che ve ne furono degli altri , poichè lo fu permesso a tutti i cittadini, qualora, come dicemmo , dessi erano liberi, e si avessero potuto unire in matrimonio.

Cotesto uso , che era in vigore sotto Giustiniano , fu abolito , in termini che provano quanto era abusivo , dall'imperadore Leone colla novella 91 , la quale fu principalmente osservata in Oriente. Desso si sostenne lungamente in Occidente , anzi taluni ecclesiastici si permisero anch'essi tale abuso. Finalmente i principj della religione e l'interesse dei costumi lo fecero proscrivere. Dopo tal epoca il concubinato ha avuto il carattere , che avrebbe dovuto sempre conservare , quello cioè della vergogna, che seco trae la dimenticanza dei proprj doveri, ed una condotta, che offende il pubblico pudore.

Non dee recar maraviglia, che quando il concubinato era autorizzato dalla legge, le persone le quali vivevano in tale stato potessero reciprocamente farsi delle disposizioni.

Vollero anzi le leggi, che i figli i quali nascevano da tale unione, concorressero coi legittimi alla successione della loro madre (1). Sembra in su le prime che questa libertà, relativamente alle persone le quali vivevano in concubinato, fosse in opposizione colla restrizione della liberalità tra i conjugii, di cui abbiamo già parlato. Non per tanto ove si ponga mente ai motivi testè esposti che avevano fatto introdurre la legislazione riguardante i conjugii, ogni idea di contraddizione svanisce, e non può trarsi argomento da un caso ad un altro. Gli ostacoli opposti alle disposizioni tra conjugii erano per essi onorevoli; ma non può dirsi lo stesso della libertà assoluta ammessa in quanto al concubinato.

Un preciso divieto poi esistea, intorno alle disposizioni tra persone, che aveano commercio incestuoso od adulterino. Sotto Domiziano i disordini giunsero a tale eccesso, che si videro uomini congiunti in matrimonio eseredare i loro figli legittimi, per arricchire le donne, le quali formavano l'oggetto della loro passione: ciò dette luogo ad un editto, con cui questo imperadore dichiarò tai donne incapaci di ricevere

(1) Vegg. su di ciò la legge 5 del Codice, *ad senatusc. offic.*; la legge 5, ff. *de donat*; le leggi 3. §. *videamus*, e 58 *ibid.* al tit. *de donat. int. vir. et ux*; e la legge 49, §. *item*, ff. *de leg. 3.*

qualunque specie di istituzione e di legato (1).

Lo stesso divieto di disporre fu esteso ai militari in riguardo alle loro concubine, le quali erano disegnate nel diritto romano colla denominazione di *focariae*. Indipendentemente dall'interesse di alienare i militari da inclinazioni che snervavano il loro coraggio, si volle con ciò premunirli contro le seduzioni, che li avrebbero trascinati alla totale dissipazione delle loro sostanze (2).

In progresso di tempo però la libertà di disporre anche tra concubinarj liberi ricevette delle modificazioni, di cui faremo parola qui appresso, parlando dei figli naturali.

(Delle disposizioni in favore dei figli naturali)

Riguardo ai figli naturali, la libertà di donar loro era illimitata; ma in seguito fu ristretta: e questa parte è una di quelle, in cui la legislazione romana ha sofferto maggiori variazioni.

Da prima gl'imperadori *Arcadio* ed *Onorio* vollero che il padre naturale, quando avesse la madre sua o dei figli legittimi non potesse

(1) Veggansi le leggi del titolo del codice *de incest. et inut. nup.* ed Alessandro d' Alessandro, *Genial. dier. lib. 6. cap. 15.*

(2) *Nam licet cessante jure matrimonii donatio perfici potuerit, milites tamen meos a focariis suis hac ratione fictisque adulationibus spoliari nolo.* Così scrisse l'imperadore Antonino nella legge 2. al Cod. *de don. int. vir. et ux.* Vi sono molte leggi del digesto conformi a tale massima.

donare ai figli naturali ed alla loro madre se non la dodicesima parte dei suoi beni, ed a quest'ultima sola la vigesima parte. Non pertanto se la porzione data ai figli legittimi non uguagliava la quota, che per legge poteva essere lasciata ai figli naturali, la porzione di costoro doveva essere ridotta.

In seguito gl'imperadori *Valentiniano*, *Valente*, e *Graziano* permisero, che se il donante non avea nè madre nè figli legittimi, potea donare ai suoi figli naturali ed alla loro madre, il quarto di tutti i suoi beni. Eneccio fa osservare, che questa restrizione di disporre avea principalmente per oggetto di deviare i cittadini dal concubinato, e di promuovere i matrimonj; di modo che non può dirsi, che questa legislazione fosse stata concepita precisamente nel senso di una *indegnità* sanzionata contro le concubine; a differenza delle persone che viveano in adulterio o incesto, come tra poco diremo.

Giustiniano però con diverse costituzioni successive vi portò dei cangiamenti. Da prima accordò, nei casi di sopra esposti, la facoltà di donare ai figli naturali sino alla metà dei beni; in progresso concesse la libertà di donare tutti i beni, sempre che non esistevano i figli legittimi, volendo soltanto che qualora sopravvissero il padre, e la madre del padre naturale, si desse a costoro la legittima, che il diritto romano accordava agli ascendenti (1).

(1) Si attinge la storia di questa legislazione nelle leggi 2, e 9 del Codice, *de natural. lib.*; nella 1, e 8 del Codice teodosiano, detto *tit. de natural. lib.*, e nella novella 89.

Tutto il fin quì detto intorno ai figli naturali, riguarda soltanto quelli che erano nati da persone libere, le quali viveano in concubinato. In quanto agli altri, che erano il frutto di unioni adulterine ed incestuose, questi eran trattati colla massima severità. Eglino erano incapaci di ricevere donazioni e legati dai loro genitori. Giustiniano, colla novella 88, cap. 15, spinse il rigore fino a privarli del dritto di domandare gli alimenti.

In Francia, allorchè la religione e le leggi riconobbero per legittima la sola unione dei due sessi col mezzo del matrimonio, coloro che vivevano in concubinato non potevano affatto donarsi a vicenda. Molte costumanze conteneano su di ciò disposizioni espresse; tali erano quelle di *Anjou*, *Lodunois*, *Touraine*, *Grand-Perche* e *Chambrai*. All' infuori di tai costumanze era un assioma di diritto, che *non vale la donazione tra concubini*. Si tentò di rendere questo principio un articolo di legislazione coll' art. 132 dell' ordinanza del 1629, che, come è risaputo, non ebbe forza di legge, almeno non in tutti i Parlamenti.

Lo stesso principio, e con più ragione osservavasi, quando l' unione avea i caratteri dell' adulterio ovvero dell' incesto. In tal caso le sole leggi romane sarebbero bastate, nei paesi di dritto scritto, per far pronunziare la nullità della disposizione. La liberalità in questo caso era proscritta per effetto d' indegnità, e quindi si devolveva al fisco (1): ma secondo gli usi francesi questa indegnità tornava a vantaggio degli eredi.

(1) L. 13, §. *de his quae ut indignis auferuntur*, c. 1. 6, *de incestis nuptiis*.

Non per tanto, secondo i casi e le circostanze che rendevano le disposizioni più o meno favorevoli, la giurisprudenza le tollerava, ma soltanto quando queste erano modiche, altrimenti le riduceva, ed a titolo di alimenti (1).

In quanto ai figli naturali, la giurisprudenza francese distingueva quelli che nascevano da semplici concubinarj, dagli altri che erano il frutto di unioni incestuose o adulterine:

Questi ultimi erano incapaci di ricevere disposizioni universali. Nondimeno la giurisprudenza si era allontanata dalla durezza dell'antico diritto romano a loro riguardo. Dessa permetteva dei legati tenui, che avessero per oggetto di procurar loro uno stato o gli alimenti: per altro il padre e la madre sarebbero stati nell'obbligo di somministrarli.

Riguardo ai figli naturali nati da illecite unioni tra persone libere, due sole costumanze si conoscono, che permettevano di fare in loro favore disposizioni universali, cioè quella di Alvergnia art. 47, tit. 14, e l'altra del Borbone. La disposizione però non poteva aver luogo se non con istituzione contrattuale, ed essa avea il suo effetto anche contro i figli legittimi, salvo a costoro la legittima. Coteste costumanze parlavano soltanto dei figli naturali o *bastardi*, senza distinzione; ma la giurisprudenza avea ristretto la loro applicazione ai

(1) Ricard *des donations* par. 1. Cap. 3. sez. 8 n. 414, 415, e 416. Se vuol conoscersi con dettaglio maggiore la giurisprudenza francese, secondo i varj casi, si consultino le quistioni di dritto del sig. Merlin, alla parola *Concubinages*.

soli figli naturali nati da persone libere. In oltre, le loro disposizioni, anche sotto questo rapporto, erano diventate oggetto di censura generale. Molineo, in una nota sull' art. 47 del tit. 14 della costumanza di *Alvergn*a testè citata, così si scaglia contro i redattori di questa costumanza: *Compilatores non intellexerunt terminos juris, nec est ferendum quod spurius plus habeat naturali et legitimo, etiam si spurius ille esset legitimatus*. Ed anche Brodeau, sull' enunciato articolo di detta costumanza, parlando del figlio naturale, il quale poteva avere il favore di essere migliorato, così si esprime: *nec debet esse melioris conditionis quam legitime natus, ne plus habeat luxuria quam castitas*.

Convien però notare, che, secondo l' articolo 10, del tit. 12 di tale costumanza, i bastardi erano incapaci di succedere.

Altre costumanze, come quelle di *Tours*, *Sèdan*, e *Melun* permettevano che si disponesse in loro favore di una quota più o meno forte. Ma talune altre, tra cui quella di *Brettagna*, permettevano soltanto delle liberalità in usufrutto per alimenti.

Fuori delle costumanze le quali contenevano delle regole su tal materia, la sorte dei figli naturali fu subordinata ad una giurisprudenza varia. Ma, dopo un secolo e più, questa giurisprudenza depurandosi si fissò: ed in ciò contribuì particolarmente l'avvocato generale Talon, come rilevasi dalle collezioni. Per regola non più si ammisero le disposizioni generali ed universali: però secondo lo stato e la finanza delle parti

si accordavano delle somme determinate (1).

Le osservazioni che abbiamo fatte sulle disposizioni permesse in favore dei figli naturali, mostrano la sapienza della legislazione attuale su tal materia. Dessa ha preso un punto di mezzo allontanandosi egualmente, e da una severità che degenerava in ingiustizia, e da una rilasciatezza che offendeva il pubblico pudore.

La facoltà di fare disposizioni così estese in pro dei figli naturali, ammessa nelle costumanze dell' *Alvergne* e del *Borbone*, poteva anch' essere l'effetto del gran favore, che le medesime aveano accordato alle istituzioni contrattuali. Ma è piuttosto da presumersi, che ciò fosse un avanzo degli antichi usi della Francia, secondo cui cravi una troppo debole linea di demarcazione tra figli naturali e figli legittimi. Sotto le due prime dinastie dei re di Francia, l'ordine di successibilità era facilmente turbato, quando esisteano figli naturali e figli legittimi; ed in tempi molto posteriori, come nel decimoquarto ed anche nel decimoquinto e decimosesto secolo s'incontrano una quantità di titoli di quel tempo, in cui si legge con sorpresa la facilità colla quale taluni si qualificavano *bastardi*; assistiti anche dagli stessi autori dei loro giorni, i quali nel far loro donazione li dichiaravano tali. Sembra che al fine i costumi abbian trionfato, o almeno che la cura con cui si cerca di nascondere le

(1) Ricard, *des donations*, par. 1. cap. 3. sez. 8. n. 438. e seguenti. Potranno forse esservi delle decisioni diverse, per alcune particolari circostanze; ma quel che abbiamo detto era la regola generale.

onte che loro si arrecano , è una specie di omaggio che si rende ai medesimi.

(Della disposizione in favore dei tutori , istitutori e medici ec.)

Indipendentemente delle proibizioni di disporre , di cui abbiamo già parlato , e che partivano da idee di morale, ve n'erano delle altre, che traevano la loro origine dalla presunzione della seduzione o della violenza , a motivo dello stato del donatario in rapporto al donante.

Così il tutore non poteva ricevere disposizione alcuna dal suo pupillo, durante la tutela ; e cessata questa neppur poteva riceverne , pria della reddizione ed intera liquidazione del conto dell' amministrazione tenuta.

Cotesta regola non emanava dal diritto romano : anzi parecchie leggi fan supporre il contrario. Ma tal era appunto la precisa disposizione dell' articolo 131 dell' ordinanza del 1539, confermata con una dichiarazione del 1549. Quest' ultima legge comprese nella nullità della disposizione il caso , in cui questa fosse fatta a *persone interposte*.

Non pertanto eccettuavasi dalla incapacità di ricevere il tutore , che fosse ascendente del donante. L' articolo 276 della costumanza di *Parigi* limitava anche questa eccezione al caso in cui l' ascendente non fosse passato a seconde nozze : ma questa limitazione era osservata soltanto nel territorio di tale costumanza.

I giureconsulti seguendo i termini in cui erano concepite le due leggi già citate , l' estesero ai precettori e pedagoghi , in rapporto ai fanciulli che essi ammaestravano , o che erano sotto la

*

loro direzione; ai maestri in rapporto ai loro allievi; ai medici, cerusici, e farmacisti, ed a tutte le altre persone, che si mischiavano senza titolo nell' arte salutare, come gli empirici, relativamente agli infermi, ch' eglino assistevano (1).

§. 4. *Delle cause che davano luogo alla revocazione della donazione.*

(Della revocazione per sopravvenienza di figli)

Il principio della irrevocabilità della donazione tra vivi ha dovuto cedere alle circostanze, in cui sarebbe stato molto duro il non ammettere delle eccezioni.

Secondo la legislazione francese, rimontando anche ad epoche le più remote, la donazione era revocata di pieno diritto, per la sopravvenienza di uno o più figli al donante, il quale non ne avea nell'atto della donazione. Seguendo le ispirazioni della natura, non si è potuto mai supporre, che il donante avesse voluto preferire chicchessia ai suoi propri figli; e si è dovuto perciò riguardare come tacita la condizione, che la donazione in tal caso rimarrebbe revocata. In appoggio di tal costante legislazione si è sempre citata la legge *Si*

(1) Su quanto abbiamo detto relativamente ai tutori, ed altre persone nelle quali si presume un abuso di autorità, può vedersi Ricard, *des donations*, par. prim. cap. 3. sez. 9. Egli espone, nel numero 503 e seg. una giurisprudenza, che dipendeva molto più dalle circostanze, in quanto alle donazioni fatte dai clienti in favore degli avvocati, dei procuratori e sollecitatori di cause.

unquam, 8. del Codice, *de revocandis donationibus*, emanata dall'imperadore Costanzo, l'anno 355 dell'era cristiana.

Non pertanto questa legge parla solamente del caso della donazione fatta da un patrono al suo liberto; e non vedesi in alcun'altra, che lo stesso principio si fosse applicato alle donazioni tra altre persone. Ciò ha dato occasione a molti autori di suscitare la quistione, se presso i Romani avea luogo la rivocazione della donazione in caso di sopravvenienza di figli indistintamente, e chiunque fosse stato il donante ed il donatario.

Esaminando attentamente la quistione, sembra che debba inclinarsi alla negativa. Oltre che la legge limita la rivocazione alle donazioni fatte dai patroni in favore dei loro liberti, è da notare, che, secondo il diritto romano, esistevano tra tai persone dei rapporti, che avean potuto far istabilire cotesta regola, senza l'intenzione di estenderla a chiunque altro. Imperciocchè, siccome era ben naturale, che il patrono fosse inclinato più facilmente a gratificare il suo liberto, così era ben giusto, che il liberto fosse più che altri inclinato a restituire al patrono ciò che questi non gli avrebbe donato, se avesse preveduto, che dovea avere dei figli: e ciò tanto maggiormente in quanto che il liberto dovea essere grato al suo patrono per quel che possedeva, specialmente pel suo stato, e per la sua libertà.

A queste ragioni se ne aggiunge un'altra, che è del massimo peso. Dessa è il silenzio, che, intorno alla rivocazione della donazione per causa della sopravvenienza dei figli, si osserva

nelle Istituzioni, le quali sono un sunto di tutti i principj del diritto romano. Ivi nel titolo *de donationibus*, §. 2, si parla solo della revocazione della donazione per causa d' ingratitudine.

Così pure ha opinato Voet, uno dei più profondi e diligenti giureconsulti, l'ultimo il quale abbia trattata tal quistione (1). Ricard avea scritto prima colle stesse idee (2). Pothier, nelle sue Pandette (3), sebbene non discuta la materia, sembra che avesse la medesima opinione, poichè fa osservare, che nell'uso del foro francese, questa legge, che riguardava soltanto la donazione del patrono in favore del suo liberto, erasi applicata a qualunque altra donazione, allorchè il donante non avea figli al tempo della donazione. Quel che poi prova maggiormente, che questo autore era fermamente in tale opinione, è ciò che egli narra nella sua eccellente opera su la costumanza di *Orléans* (4), di un arcivescovo, il quale restituì i beni donati alla sua chiesa, da una persona, cui dopo la donazione sopravvennero dei figli; quantunque, secondo S. Agostino *non vi era alcuna legge umana, che ve l'obbligasse; lo che prova*, soggiunge Pothier, *che la legge Si unquam non era una legge generale*. Voet avea riportato anch'egli lo stesso squarcio storico.

Comunque però vada la cosa, questa famosa legge *Si unquam* era troppo giusta, perchè fosse

(1) *Commentarius ad pandect*, lib. 39, tit. 3, §. 26.

(2) Trattato delle donazioni, 3. par. ; cap. 5. sez. 1.

(3) Lib. 39, tit. 5, §. 48.

(4) Introd. al tit. 15, n. 99.

osservata in tutte le specie di donazioni; e qualunque ne sia stata l'applicazione presso i Romani, dessa sarà sempre risguardata come la sorgente della nostra legislazione su quest' oggetto.

Tal' era in fatto la disposizione di molte costumanze che sono state confermate coll' articolo 39 dell' ordinanza del 1731. Alcune di tai costumanze volevano che le donazioni fossero irrevocabili, anche nel caso di sopravvenienza di figli; allorchè eransi fatte a contemplazione di matrimonio. Ma il citato articolo dell' ordinanza prescrisse la revocazione della donazione non ostante tal circostanza.

(Della revocazione per causa d' ingratitudine)

Un secondo motivo, che poteva far revocare la donazione, era la ingratitudine del donatario verso il suo benefattore: ciò rilevasi da una quantità di leggi, e particolarmente da quelle del Codice sotto il titolo *de revocandis donationibus*, nel quale parlasi delle donazioni fatte dai patroni in favore de' liberti, e di chiunque altro indistintamente.

Ognun vede, che faceva d' uopo determinare i caratteri della ingratitudine. E fu ciò praticato colla legge 10 dello stesso titolo del Codice. Essi sono cinque.

La donazione poteva revocarsi,

1. se il donatario si permetteva delle ingiurie gravi contro al donante;
2. se osava alzare sopra costui le mani empie;
3. se avea tentato di recare un pregiudizio considerevole alla di lui fortuna;

4. se avea commesso un attentato contro alla di lui vita;

5. se ricusava di adempire le condizioni impostegli colla donazione.

Quest' ultima circostanza non avrebbe potuto noverarsi tra le cause d'ingratitude; ma dessa è pur così qualificata dalla legge. Lo stesso ordine han seguito i comentatori del diritto romano, e non può dubitarsi, che in parecchi casi dessa può essere considerata sotto questo punto di vista.

Egli è essenziale di far osservare, che la stessa legge 10 del codice, *de revocandis donationibus*, prescriveva, che tutte queste cause fossero esaminate dai tribunali; che fossero fondate su di prove precise; e che l'azione che ne risultava appartenesse soltanto al donante, senza poter passar ai di lui eredi.

Gli esposti principj della legislazione romana, concernenti la revocazione della donazione per causa d'ingratitude, formavano in generale la base della legislazione francese su questa materia.

(Della donazione *propter nuptias*)

Crediamo averne detto abbastanza per un sunto su l' antica legislazione, intorno alla donazione tra vivi. Le leggi romane sotto al titolo di *donatio propter nuptias* avevano pure messi nel rango delle donazioni tra vivi quelle dello sposo in favore della sposa. Giustiniano lo ricorda nelle Istituzioni (lib. 2, tit. 7, §. 3). Ma queste donazioni avendo per oggetto di conservare la dote, o di assicurare alla don-

na, in taluni casi, un indennizzamento su i beni del marito, in rimpiazzo o in compenso della stessa dote, non dee parlarsene in un'opera, che versa soltanto su le disposizioni puramente gratuite: cotesta specie di donazioni ha maggior nesso colle convenzioni matrimoniali.

SEZIONE II.

Del testamento e del codicillo.



§. 1. *Del Testamento secondo i principj del diritto romano.*

(Antico carattere del testamento. Esso era l'effetto di una legge)

La legislazione romana su i testamenti, tanto per la sostanza delle disposizioni, quanto per le forme, ha variato secondo che si sono cangiati i costumi, e gli usi figli della politica costituzione.

Per formarsene qualche idea, non basta riportarsene al diritto romano nuovo, ma fa mestieri rimontare alle sorgenti: è questo il solo mezzo onde internarsi dei principj su questa materia, e conoscere le cause di certi usi, che si sono conservati, e che sono un'ombra degli antichi.

Non si rinvoca in dubbio che i testamenti

erano in uso in Roma, anche pria della legge delle 12 Tavole, la quale è dell'anno 303 della fondazione di quella città. Esistono delle notizie storiche, le quali attestano questo fatto.

In quel tempo il testamento facevasi al cospetto del popolo riunito nei comizj; e desso non esisteva se non per virtù dei suffragi dei cittadini, cioè di una legge.

La legge chiamava alla successione gli agnati ossia i parenti della linea maschile. Stavasi singolarmente attaccato a quest'ordine di succedere, il quale prendeva origine dal modo di dividere le terre sotto Romolo (1). I Romani opinavano che quest'ordine di successione, perchè stabilito con una legge fondamentale, non potesse esser derogato se non con altra legge.

Il testatore presentavasi innanzi al popolo riunito. Egli faceva un testamento in forma di legge, nel quale nominava un erede, e pregava il popolo di confermarlo (2).

Questi comizj erano quelli che appellavansi *comitia calata*, ai quali assistevano i Sacerdoti. Costoro prendevano cura della conservazione dei *penati*, pei quali i Romani aveano il massimo rispetto, e che passar doveano dalla casa del testatore in quella dell'erede.

La legge decemvirale, ossia la legge delle

(1) Veggasi intorno agli agnati ed al partaggio Montesquieu, *spir. delle leggi*, lib. 27, cap. unico.

(2) *Ibi quicumque testamentum facere volebat, illud in concione populi condebat per modum legis, rogando ut quis sibi heres esset, quae rogatio, populi suffragio confirmabatur.* Pothier, *pand.* lib. 28. tit. 1. art. 20.

dodici Tavole, recò un grandissimo cangiamento alla legislazione su i testamenti: dessa introdusse nuove idee, e dette luogo a nuovi usi. Ciò avvenne col tanto celebre frammento di detta legge *Pater familias uti legassit super familia, pecunia, tutelave suae rei, ita jus esto* (1).

(Il testamento cessò di essere l' effetto di una legge)

In conseguenza di ciò il testamento, il quale pria dovea essere l' effetto di una legge, dipese interamente dalla volontà del testatore. È da presumersi che cotesto cangiamento fu attinto presso i Greci, (ove Solone avea ammesso i testamenti come il risultamento della volontà particolare), essendo noto che si spedirono degli incaricati in Grecia per raccogliere, sulla legislazione, delle notizie, che formarono in parte la base della legge delle dodici Tavole. Questa legge però dette una latitudine di disporre maggior di quella stabilita colla legge di Solone. E può dirsi che il popolo romano fu sommamente geloso di tale libertà, che risguardava come un favor particolare, annesso al titolo di cittadino di Roma: in fatto non si poteva nè ricevere nè donare con testamento, se non si godeva l' esercizio dei diritti annessi a quel titolo.

Ove si ponga mente a ciò, si rimarrà convinto, che i cittadini romani si arrogarono il potere di fare individualmente ciò che altre volte non lo si

(1) Esistono delle differenze su la lettura di questo passo, ma esse riguardano principalmente lo stile. Noi seguiamo quella più comunemente ricevuta.

potete se non col ministero della legge; in modo che ciascun testamento fu riguardato come una legge dettata dal padre di famiglia. Se tra tutti gli atti pubblici la legge occupava il primo posto; in ciascuna famiglia non vi era cosa più importante del testamento: desso era una legge domestica.

Bisogna pure rimarcare, che la parola *legasit*, nel suo primitivo significato, rendeva l'idea di una legge fatta da un testatore. La parola *legare* corrispondeva a questa, *legem dicere*, *legis modo aliquid praecipere*; e di là venne la massima *dicat testator, et erit lex* (1).

Dopo lungo tempo l'accezione della parola *legare* fu ristretta ad una liberalità particolare.

Colle parole *pecunia* e *familia* i Romani intendevano ogni sorta di beni (2). Gli stessi figli riguardo al loro padre erano assimilati ai beni, come già abbiamo detto. In prima il padre poteva istituirli eredi, diredarli, ovvero obbligarli. Questo diritto fu corretto molto tempo dopo, come faremo osservare in seguito; e non dee far sorpresa che il padre avesse questo illimitato potere, ove si ponga mente, che nei primi tempi di Roma il padre avea su i figli il diritto di vita e di morte, e che poteva venderli sino a tre volte (3).

(1) È assolutamente in questo senso, che si spiega la novella 22, cap. 2, che ricorda la legge delle dodici Tavole.

(2) Perciò la divisione di una eredità chiamavasi nel diritto romano, *familiae erciscundae judicium*.

(3) Montesquieu dice: » La ragione, per cui le leggi romane restrinsero tanto il numero di coloro

La parola *tutela* importava il diritto di nominare col testamento un tutore ai figli. Il padre potea anche nominar loro un erede, nel caso che morissero pria dell'età, nella quale le leggi permettevano di testare; ch'era quella della pubertà, fissata a quattordici anni pei maschi, ed a dodici per le femine.

(Chi poteva testare secondo l'antico diritto)

Finalmente dalla parola *pater familias* risulta, che il solo padre di famiglia poteva testare. Non è già che il figlio di famiglia fosse privo del titolo di cittadino romano; ma le leggi accordavano il diritto di testare solo a

» che potevano succedere ab intestato fu la legge della
 » divisione delle terre; e la ragione per la quale esse
 » estesero tanto la facoltà di testare, fu perchè il pa-
 » dre, potendo vendere i suoi figli, a più forte ra-
 » gione poteva privarli dei suoi beni. »

Egli dice nello stesso capitolo: » La facoltà inde-
 » terminata di testare accordata presso i Romani, di-
 » strusse a poco a poco la disposizione politica sulla di-
 » visione delle terre. Dessa introdusse, più che ogni altra co-
 » sa, la funesta differenza tra la ricchezza e la povertà. Mol-
 » te quote si riunirono nelle mani del medesimo indivi-
 » duo; taluni cittadini ebbero troppo, infiniti altri nulla. Così
 » il popolo, continuamente privo della sua porzione,
 » sollecitò nuova divisione di terre. Esso domandolla
 » quando la frugalità, la parsimonia, e la povertà for-
 » mavano il carattere distintivo dei Romani, del pari che
 » ne' tempi in cui il loro lusso fu portato all'eccesso. »
Spirito delle leggi lib. 27. cap. unico.

Questa osservazione potrebbe esser vera riguardo a' Romani ne' primi tempi, senza che possa indursi alcuna illazione riguardo ad altri popoli.

chi era *sui juris* ; ed il figlio di famiglia non era tale. Egli non pòteva disporre per testamento, anche quando il padre vi avesse consentito, perchè una volontà particolare non poteva derogare alle leggi. I figli di famiglia ottennero in seguito questa facoltà, soltanto pel di loro peculio castrense o quasi castrense (1).

Bisognava essere cittadino romano per potersi presentare ai comizj ; e sebbene il testamento potesse farsi, secondo la legge delle dodici Tavole, in altro modo, che innanzi all'assemblea del popolo, come diremo in appresso ; nondimeno si vide durare per molto tempo dopo il divieto di testare, contro quelli che non potevano anticamente comparire innanzi al popolo congregato.

Quindi, le donne, che non aveano tal diritto, e che allora erano sotto l'autorità dei loro mariti, presso a poco come i loro figli, furono per lungo tempo prive del diritto di testare.

I sordi ed i muti, i quali non erano ammessi nei comizj, neppure poteano testare. Eglino ebbero tale facoltà allorchè s'introdussero i testamenti scritti, dei quali parleremo di qui a poco.

Ho avuto già occasione di dire nel §. 3. della prima sezione di questo discorso, che coloro i quali per condanne criminali erano privi della qualità di cittadino, non potevano disporre, nè ricevere per testamento.

Esporrò poi, nel §. 3. di questa sezione, quan-

(1) Istit. lib. 2. tit. 12. §. 1 ; Pothier, *Pandectae* lib. 28. tit. 1. n. 10 e 11.

to concerne la incapacità degli stranieri, relativamente alla facoltà di disporre o di ricevere per donazione e per testamento.

Da che, dopo la legge delle dodici Tavole, la facoltà di disporre per testamento dipese dalla volontà di ciascun cittadino, non fu più necessario, come per lo innanzi, di ricorrere al popolo congregato. Non per tanto può dubitarsi se il testamento in *calatis comitiis* continuasse ad usarsi anche per qualche tempo dopo: è però certo che non andò guari, che tal forma fu abolita. E tanto più quest'uso dovette cessare in quanto che, riunendosi comizj due sole volte in ciascun anno, ed essendosi aumentata la popolazione, non che gli affari da sottoporsi al suffragio del popolo, si sarebbe sovente incorso nella impossibilità di testare.

(Del testamento per *aes et libram* e di quello chiamato *praetorium*)

Cessato tal uso, il testamento fu fatto sotto la forma di una vendita imaginaria, per *aes et libram*. Montesquieu la ricorda in questi termini:
 » Si credette conveniente permettere a tutti i
 » cittadini di fare il loro testamento alla pre-
 » senza di cittadini romani puberi, i quali rap-
 » presentassero il corpo del popolo. Fu quindi
 » stabilito, che, innanzi a cinque cittadini, l'erede
 » comprasse dal testatore la sua *famiglia*; ossia
 » la sua eredità: un altro cittadino con una bi-
 » lancia ne determinasse il prezzo; poichè i Ro-
 » mani non ancora aveano la moneta.

» Pare, (continua Montesquieu), che quei
 » cinque testimonj rappresentassero le cinque
 » classi del popolo, e che non contavasi la se-

» sta , composta di gente che nulla posse-
» deva » (1).

Questa forma di testamento fu in uso non solamente finchè si sostenne la repubblica , ma, secondo taluni giureconsulti , anche in fino al tempo dell'imperadore Costantino; e secondo altri in fino al tempo dell'Imperador Costanzo suo figlio. I Pretori però, anche prima di questo imperadore, aveano introdotto un testamento sotto una forma più semplice. Eglino accordavano il possesso dei beni all'erede , quando esibiva un testamento

(1) Colui che portava la bilancia chiamavasi *libripens* , e l'erede , *familiae emptor*. Il testatore diceva , volgendosi ai testimoni , e tenendo in mano il testamento (*tabulas*): » *Haec uti in his tabulis cerise scrip-*
» *ta sunt ita do , ita lego , ita testor. Itaque vos , qui-*
» *rites testimonium perhibetote* » Veggasi Hotman , *Comm. verb. jur.* alla parola *Testamentum per aes et libram*. Pothier, *Pandect. lib. 28. tit. 1. art. 21.*

Montesquieu soggiunge. » Non bisogna dire con » Giustiniano , che tali vendite erano immaginarie : esse lo » addivennero , ma in sulle prime non lo erano punto. » Egli è indubitato però , che secondo la formola già riportata , l'atto conteneva in se stesso una liberalità testamentaria. S' improntavano solo le forme della mancipazione , che , nel diritto antico , aveano pure luogo nella donazione tra vivi. Questa forma era quella , che , nello stesso diritto antico , era stata inventata per rendere più solenne ogni rilascio di qualunque proprietà. Inoltre , il testamento di cui parliamo , non chiamavasi soltanto per *aes et libram* , ma vi si aggiungeva anche per *mancipationem imaginariam*. Nello stesso modo si esprime Ulpiano assai prima di Giustiniano; Veg. Pothier, *ibid.* Questa nota sarebbe suscettibile di molto sviluppo; ma noi diamo qui un sunto e non un'opera *ex professo*. Trattasi in oltre di una materia, di cui basta dare ai giovani una idea generale.

fatto e scritto in presenza di sette testimonj, i quali lo avessero munito de' loro rispettivi suggelli : questo chiamavasi *testamentum prae-torium*.

(Dei testamenti *nuncupativo e mistico*)

Finalmente dal tempo dell' imperadore Costanzo, sino a Giustiniano, si diedero ai testamenti nuove forme: desse possono ridursi a due; cioè al testamento *nuncupativo* ed al testamento *mistico* o segreto (1), entrambi conservati nella nostra legislazione, dalla quale si è data al primo la denominazione di *testamento per atto pubblico*.

Il testamento *nuncupativo* consisteva nella emissione della volontà in presenza di sette testimoni. Non bisognava che si fosse messo in iscritto; e ciò dette luogo alla sua denominazione. La parola *nuncupare* importava, *voce nominare*. Dopo la morte del testatore i testimonj si presentavano al giudice, per attestare la verità delle disposizioni, che aveano udite. Ognun vede, che cotesto sistema avea dei gravissimi incon-

(1) Ci asteniamo di parlare di alcuni altri testamenti, diversi in quanto alla forma, come quelli che facevansi innanzi al principe, (*coram principe, o principii oblatum*); innanzi al giudice, (*apud acta*); innanzi a' magistrati municipali, (*municipium*), il cui uso è confermato dalla legge 19 del Codice, *de testamentis*; quello che faceasi nelle campagne, per lo quale si richiedea minor numero di testimoni scriventi, e di cui parlasi nell' ultima legge del Cod. *de testam.* Ci limiteremo alle due forme più generali, e che sono state tra noi conservate, almeno in gran parte.

venienti, soprattutto nel caso che le disposizioni erano complicate: oltre a ciò potea avvenire che taluno dei testimonj morisse prima di tale dichiarazione giudiziaria (1).

Si ha ragion da credere, che questa specie di testamento poteva mettersi in iscritto alla presenza dei testimoni, nel momento in cui facevasi. Parecchie leggi fanno anche supporre questo uso. Il testamento però era sempre *nuncupativo*, in quanto che le disposizioni doveano essere dichiarate dal testatore, e che desse doveano essere note (2).

Quel che non si rivoce in dubbio è, che colla legge 8.^a del Codice *qui testam. facere possunt*, i ciechi ebbero la facoltà di fare scrivere il lor testamento *nuncupativo*, facendo chiamare, oltre i sette testimonj, un ufficiale conosciuto presso i Romani sotto il nome di *tabularius*, destinato a scrivere i testamenti, od in sua mancanza, un ottavo testimonio che lo scrivesse.

È anche certo che questa forma di testamento è quella stessa, che finora è stata in uso sotto il medesimo nome di testamento *nuncupativo*, quantunque fosse stato scritto da un pubblico ufficiale, poichè, specialmente dopo l'ordinanza del 1735, tutti i testamenti hanno dovuto essere scritti. Esso chiamavasi *nuncupativo*, perchè il

(1) Questa forma ha esistito in molti paesi di diritto scritto, sino all'ordinanza del 1735, la quale nel suo primo articolo l'abolì. Veggasi su di ciò Furgole, *su i testamenti* cap. 2. sez. prim. n. 21, e sez. 2. n. 23, e seguenti.

(2) Veggasi Ricard, *trattato des donations* par. prim. n. 1335.

testat ore dovea farne conoscere le disposizioni ; a differenza del testamento *mistico* o segreto (1).

Quanto a questa seconda specie di testamento , dessa fu introdotta in favore di coloro i quali volevano, che le loro disposizioni fossero ignorate sino alla loro morte , ad oggetto di non dar dispiacere agli eredi del sangue , che eglino privavano dei loro beni, o a chiunque altro, che poteva sperare delle liberalità. Il testamento era presentato ai testimonj , che doveano sempre essere al numero di sette : desso era chiuso, affinchè non potesse sostituirsene altro : tutto ciò era comprovato con un atto esterno , che costituiva la solennità di questo testamento. Le forme ne sono prescritte colle leggi 21 , 28 , e 29 del Codice , *de testamentis* , e colla novella 119 , cap. 9.

I due testimonj che in queste due specie di testamenti intervenivano , al di là dei cinque sufficienti per lo testamento per *aes et libram* , rappresentavano , l'uno quegli che teneva la bilancia , *libripens* , e l'altro l'acquirente della eredità , *familiae emptor* (2).

(1) La parola *mistico* deriva dall'aggettivo greco *μυστικός* , *secreto*. Bretonier , *Quistione di diritto* , alla parola *Testamento mistico* , pag. 364 , tomo 2.^o dice, che la legge chiama questo testamento *mistico* , perchè partecipa del nuncupativo e dell'olografo : egli lo prende nel senso di un testamento *misto*. A malgrado il rispetto dovuto a sì valente giureconsulto , crediamo poter asserire, che egli ha dato una falsa idea dell'etimologia di questo testamento.

(2) Veggasi Pothier , nota sull' art. 35. del lib. 28. tit. prim. delle Pandette. Può sembrare strano , che uno de' testimonj rappresentasse l'acquirente della eredità ,

I testimonj doveano sempre essere invitati dal testatore, e dovea farsene menzione. Eglino doveano essere chiamati per l'unico oggetto di assistere al testamento: nè era permesso di assistervi casualmente, e con diversa intenzione. La formola, *rogati testes*, derivava dall'antica forma del testamento, che facevasi innanzi al popolo congregato, il quale era pregato di confermarlo, (*rogo vos quirites*). Derivava anche dalla formola del testamento *per aes et libram*, fatto innanzi a cinque testimonj, i quali erano invitati ad attestare la verità del testamento.

Questi due testamenti doveano esser fatti senza interruzione, e senza mischiarvi altri atti, lo che le leggi esprimono con queste parole: *uno contextu, eodem tempore*. Era ciò anche la conseguenza dell'uso stesso che osservavasi pei comizj. Se essi erano interrotti, tutto ciò che erasi principiato a trattare era rimesso alle seguenti riunioni; e questo uso fu pure osservato per lo testamento fatto per *aes et libram*.

Tali nuove forme sono tratte da quegli antichi usi, secondo che risulta da parecchie leggi, e Giustiniano stesso conferma questa origine nelle

mentre questi figurava l'erede, e che poi egli stesso fosse una delle parti essenziali all'atto. Ma egli è da notarsi, che quando il testamento per *aes et libram* era in vigore, s'introdusse l'uso di fare, con una scritta separata e secreta, un erede diverso dall'acquirente della eredità, al quale quest'ultimo era obbligato di passarla. Alcuni autori fan rimarcare ciò, e particolarmente il Pothier, *ibid.* art. 21. Questo uso erasi introdotto per timore, che taluno, sapendo di esser egli l'erede, commettesse qualche attentato contra i giorni del testatore.

Istituzioni al titolo *de testam. ordinandis* (1).

Tai forme si sono osservate in Francia sino a' dì nostri, almeno nei paesi di diritto scritto. E bisogna convenire, che tolta la menzione espressa, che i *testimonj erano stati rogati*, la quale fu abolita dall'ordinanza del 1735, art. 6, e fatta pure astrazione dagli altri antichi usi estranei ai nostri, le dette forme han potuto essere giustificate, come tendenti a meglio assicurare le disposizioni dei testatori.

Infine non ogni persona avrebbe potuto servire da testimonio in un testamento: le leggi escludevano da questa funzione coloro i quali non potevano, a causa del loro stato, partecipare del diritto civile dei Romani; tali erano gli stranieri e gli schiavi, i quali per conseguenza non avrebbero potuto nè disporre, nè ricevere per testamento (2).

(1) Se volessimo riportare delle autorità sopra ogni punto, moltiplicheremmo di troppo le citazioni. Oltre le autorità riportate di sopra, veggasi su quanto abbiamo detto, e su quanto altro diremo in seguito relativamente ai testamenti, il lib. 28, tit. prim. del Digesto, e quello che su questo libro hanno scritto Pothier ed Eneccio; il lib. 6. tit. 22 del Codice; le formole del Presidente Brisson, lib. 6; il comentario di Bouchaud sulla legge delle 12 Tavole, pag. 440 e seg. 1. ediz; e Montesquieu, Spirito delle leggi, lib. 27, capo unico.

(2) In tal modo gl' interpreti intendono queste espressioni (§. 6, lib. 2, tit. 10 dell'Istituzioni) *Testes autem adhiberi possunt ii cum quibus testamenti factio est*; lo che equivale presso a poco a coloro che erano esclusi dalla partecipazione del diritto civile. Le donne, i sordi, i muti, gl' interdetti non ostante che lo godeano, non potevano far da testimoni nei testamenti; ma ciò era per ragioni particolari relative al loro stato. Può vedersi Vin-

Coloro poi che aveano le qualità richieste dalle leggi, doveano essere puberi. Le donne non poteano far da testimonj in un testamento; sia perchè anticamente erano nella interdizione di testare, non potendo entrare nei comizj; sia perchè un sentimento di pudore e di timidezza naturale al loro sesso, le allontanava dalle funzioni pubbliche. Gl' interdetti, i sordi, i muti ne erano anch' essi incapaci; e coloro i quali erano notati d' infamia n' erano indegni. L'erede istituito non poteva far da testimonio, ma il legatario ed il fedecommissario ne aveano la capacità. (*Istituzioni lib. 2, tit. 10.*)

E qui convien far osservare una cosa essenziale; cioè che, in tutti i tempi, la istituzione di un erede è stata indispensabile per la validità del testamento. Dessa erane il fondamento; e ciò nascea da che in sulle prime il testamento era effetto di una legge, la quale non poteva avere altro oggetto che di derogare all' altra che fissava l' ordine delle successioni, permettendo di sostituire l' erede testamentario all' erede del sangue.

Di là il gran principio del diritto romano, che niuno poteva morire con aver disposto per testamento di una parte soltanto dei beni, e non del rimanente: lo che le leggi romane esprimevano con questa frase, *partim testatus, partim intestatus*. Non si poteva essere erede che per legge, o per testamento; e non si poteva esserlo ad un tempo in virtù dell' una e dell' altro:

nio, sul §. degl'Istituti qui sopra citato, e le Pandette di Pothier, lib. 28, tit. prim. sez. 2. N. 27, 28, 29, alle note.

ciò produsse questa conseguenza, che la istituzione di erede in una parte della successione, per quanto tenue fosse stata, avea la forza di tutto attribuire all' erede testamentario (1).

L' uso di queste parole, *istituzione di erede*, l' effetto che sinora erasi loro attribuito, hanno obbligato i legislatori francesi ad esser cauti, nel determinare il senso che avrebbe nell' avvenire cotesta espressione, che sarebbe stato inconveniente di sopprimere. Ciò sarà osservato in questo trattato, alla part. 2., cap. 1; e qui si avverte anticipatamente l' utilità delle istoriche spiegazioni che diamo.

Essendo il testamento, in su le prime l' effetto di una legge, ed in seguito una legge particolare, ne segue che desso dovea essere concepito in termini diretti ed imperativi. La legge 15 del Codice, *de testamentis* fu quella che permise poi di esprimersi diversamente.

Queste tre parole, *Lucius haeres esto*, formavano un testamento, allorchè non vi erano legati o eseredazioni (2). Lo stesso laconismo regnava quando trattavasi di diredare il figlio, pria che fosse stato necessario di esprimere le cagioni della eseredazione. *Publius filius meus exhaeres esto* (3).

(1) Vegg. Eneccio *Elem. jur. civ. sec. ord. Pand. lib. 28, tit. prim. §. 2.*

Vegg. pure le *Questions transitaires* di Chabot de l'Allier, vol. 2, alla parola *Testament*; opera venuta alla luce dopo la prima edizione di questa: è stato per noi lusinghiero il vedere, che egli abbia adottato la nostra divisione dei testamenti nelle loro diverse specie.

(2) Legge 1. §. 3, ff. *de haered. instit.*

(3) Formole di Brisson pag. 674, ediz. del 1583; Istit. lib. 2, tit. 13, §. 1.

I testatori si compiacevano di tramandare coi loro testamenti quei consigli che credevano utili ai loro posterj, e di farvi delle onorevoli commemorazioni dei loro amici. Tal volta ancora i testamenti contenevano una istituzione di erede, in favore de' figli, con espressioni assai più luttuose e terribili della stessa eseredazione, che non fosse stata motivata. *Filius meus impiissimus, mala de me meritus, haeres esto.* L'esempio di sì fatta istituzione di erede trovasi nella legge 48, ff. *de haered.instituend.*

L'origine stessa del testamento presso i Romani diede luogo al principio invalso nella loro legislazione, che la facoltà di far testamento era di diritto pubblico (1).

(Delle tre altre specie de' testamenti chiamati *privilegiati*)

Allorchè abbiamo detto che i testamenti eransi ridotti alle due specie di cui abbiamo parlato, noi abbiamo inteso dirlo sotto il rapporto dei testamenti ordinarj, e relativamente ad ogni sorta di persona. Eranvi però tre altre specie di testamenti, che i giureconsulti nelle loro divisioni han considerati come privilegiati; perchè potevano esser fatti senza che vi si osservassero le regole generali dei testamenti.

(Del testamento *inter liberos*)

Il primo di questi testamenti era quello del padre tra suoi figli. È questo il testamento

(1) *Testamenti factio non privati, sed publici juris est.* Leg. 3. ff. *qui test. fac. poss.*

tanto risaputo nel diritto romano sotto il nome di *testamentum inter liberos*. Esso fu dispensato delle formalità ordinarie, dall' imperadore Costantino (1); e tale privilegio fu accordato soltanto al padre, in conseguenza della grande autorità che l' antico diritto concessè al padre su i suoi figli. Ma, in progresso di tempo, l' imperadore Teodosio estese questo privilegio a tutti gli ascendenti dell' uno e dell' altro sesso (2).

Le formalità di questo testamento erano semplicissime e molto incerte prima della novella 107 dell' imperador Giustiniano. Le leggi che regolavano tali formalità (3) erano piene di oscurità, come lo stesso Giustiniano fa osservare nella sua Novella 107. Era ben difficile di conciliarle: e per rimediare a tale inconveniente questo imperadore, nella riferita ultima Novella, cap. 1, regolò nuovamente tali formalità.

Fu quindi stabilito che se un padre o altro ascendente, che sapesse scrivere, volesse disporre in favore dei suoi figliuoli, bastava che lo avesse scritto. Egli dovea mettere di sua mano la data, i nomi dei suoi figli, le porzioni in cui istituiva ciascun di essi; il tutto non con cifre o segni, ma per esteso in lettere e senza abbreviazioni, affinchè la sua disposizione fosse in tutto chiara e precisa (4).

(1) Coll' ultima legge, al Cod. *famil. ercis.*

(2) Legge 21, §. 1. al Codice, *de testament.*

(3) Queste leggi erano la legge 21, §. 1. del Codice. *de test.*; la legge ultima, del Codice, *famil. ercisc.* e la Novella 18.

(4) Colbro che meglio volessero conoscere il senso di questa Novella 107 e le difficoltà che sorgano dalle

(Da ciò ebbe origine, il testamento *olografo*)

Era essenziale di ricordare questa specie di testamento, perciocchè può desso riguardarsi come l'origine del testamento *olografo* (1). Sembra che l'imperador Valentiniano ammise quest'ultima maniera di disporre per qualunque altra persona, ed in tutt'i casi (2); ma colla Novella 107 Giustiniano ne conservò l'uso soltanto per le disposizioni degli ascendenti in favore dei loro figli.

Ciò che pare aver determinato Giustiniano ad abolire il testamento *olografo* per tutte le persone, eccetto che per gli ascendenti, i quali disponevano in favore dei discendenti, è il principio, che le leggi romane, su tal materia, richiedono testamenti solenni, e che per tal ragione bisognava corredarli di molte forme. Quindi il testamento *inter liberos* è chiamato in tutto il di-

precedenti leggi, potranno consultare una dotta dissertazione fatta a quest'uopo da Furgole, su i testamenti cap. 2, sez. 1, n. 30 e seg.

(1) La parola *olografo* è un composto di due parole greche, *ολος*, *totus*, e *γραφω* *scribo*. La parola greca *ολος*, ha formato in latino il *solus*. Qui significa *solo*. Veg. il lexicon del Tusano, ediz. del 1552, alla parola *ολος*. In vero un oggetto, veduto nel suo tutto, si considera isolatamente e per astrazione. Noi facciamo questa osservazione, poichè abbiain veduto contrastare questa etimologia anche da persone dotte. Desso indica che il testamento è scritto *interamente* dal testatore.

(2) *Beneficio nostrae sanctionis intestatus nemo moritur cui fuerit sollicitudo testandi, si olographa manu testamenta condantur.* Nov. 22. Cod. teodos. de testam. Vedete pure Henrys, vol. 3. ult. ediz. lib. 5. quis. 67.

ritto romano testamento imperfetto; (*testamentum imperfectum*); e la facoltà di testare in tal modo, accordata ai soli ascendenti, era un vero privilegio. Se questo testamento avesse contenuto disposizioni in favore di estranei, desse sarebbero state nulle.

(Del testamento militare)

La seconda specie di testamento privilegiato era il testamento militare.

Nei primi tempi di Roma, ed anche pria della legge delle dodici Tavole, il popolo permise ai cittadini, i quali partivano per la difesa della patria, di fare sotto le armi un testamento con minori forme dei testamenti ordinarij; e dee presumersi che gli si accordarono maggiori favori che al precedente. Questo era il testamento *in procinctu*, di cui parlano Plutarco nella vita di Coriolano; Vellejo Patercolo lib. 2, cap. 5; Cicerone lib. 1, *de Oratore*, e che vien ricordato da Giustiniano (*institutiones lib. 1 tit. 10 §. 1.*)

In quel tempo, in cui ciascun cittadino era soldato, il Romano che andava incontro alla morte, nel momento in cui dovea affrontare il nemico, dichiarava in presenza di quattro, o anche di tre cittadini la sua ultima volontà, ed essa era religiosamente eseguita (1).

Questo testamento è interamente diverso dal testamento militare, che fu introdotto molto

(1) Vedete Sigonio, *de antiquo jure civium Romanorum*, cap. 12; ed Emeccio *Elem. jur. civ. sec. ord. Instit.* lib. 2, tit. 11, §. 502.

dopo sotto gl'imperadori, e che facevasi soltanto all'armata. Cicerone parla del testamento *in procinctu* come andato in disuso in tempo suo. Questi cangiamenti ebbero origine da che fu mutato il modo della formazione delle milizie romane.

Egli è vero però che in diversi tempi gl'imperadori romani, principiando da Giulio Cesare sino a Giustiniano, accordarono ai militari dei modi più facili di testare. Ed il favore accordato al testamento dei militari non si limitò alle sole forme; ma fu loro permesso di fare più che gli altri cittadini, i quali, per distinguerli dai militari, sono indicati nel romano diritto col nome di *pagani*.

Risulta dalle leggi, che compongono il titolo 1 del libro 29 del Digesto, ed il titolo 21 del 6 libro del Codice, che, in quanto alle forme, se il testamento era scritto, esso dovea essere eseguito senza bisogno dell'intervento di testimonj; se il testamento era *nuncupativo*, vale a dire fatto col vivo della voce, la dichiarazione di due testimonj bastava per provare la sua esistenza, ed a farvi dare esecuzione.

Nella sostanza poi, qualunque erano le disposizioni, desse doveano avere il loro effetto, purchè non erano contrarie nè ai costumi, nè all'ordine pubblico; in modo che questo testamento era esente da tutte le limitazioni di cui abbiamo parlato.

I militari quindi poteano istituire eredi alcuni di quei, che secondo le leggi erano incapaci di ricevere a questo titolo.

Poteano pure a lor piacimento, esercitare o obbliare i loro figliuoli, anche quando ciò non era permesso al resto de' cittadini.

Aveano anche la facoltà di legare al di là delle quote fissate colla legge *falcidia*, di cui parleremo in seguito; e contro i loro testamenti non potea farsi valere la massima, che non poteva morirsi *partim testatus, et partim intestatus*.

In una parola, tutti i favori accordati al testamento dei militari corrispondono alle graziose espressioni, che loro diresse l'imperadore Trajano in una legge, che può dare una giusta idea dello spirito che regolò cotesta legislazione (1).

L'imperadore Costantino, volle che si desse esecuzione a tutto ciò, che un soldato, spirante sul campo di battaglia, avesse scritto in lettere di sangue sul suo scudo, o sul fodero della sua spada; o che avesse segnato su la polvere colla punta della spada (2).

Il privilegio però del testamento militare apparteneva soltanto a coloro che erano nell'esercito in tempo di guerra. *Milites in expeditione degentes, in expeditione occupati,*

(1) È questa la legge 1.^a, ff. *de testamento militis*. „
Secutus animi mei integritudinem erga optimos fidelissimosque commilitones, simplicitati eorum consulendum existimavi, ut quoquo modo testati fuissent, rata esset eorum voluntas. Faciant igitur testamenta quo modo volent, faciant quo modo poterint. Sufficiatque ad bonorum suorum divisionem faciendam, nuda voluntas testatoris „ Nella legge 40 trovansi pure le stesse espressioni.

(2) *Proinde sicut juris rationibus licuit, ac semper licebit, si quid in vagina aut clypeo literis sanguine suo rutilantibus adnotaverint, aut in pulvere inscripserint gladio suo, ipso tempore quo in praelio, vitae sortem derelinquant, hujus modi voluntatem stabilem esse oportet* „
Leg. 15, del Codice, *de testamento militis*.

dicono le leggi 1. 15 e 17 del Codice, *de testamento militis*, lo che vien confermato dalle Istituzioni lib. 2, tit. 11. in prooemio (1).

I militari ne godevano anche quando ratrovvavansi in luoghi occupati dai nemici. E questo privilegio apparteneva anche a tutti gli altri cittadini, che erano nel medesimo caso. Ciò è detto nella legge 44, ff. *de testamento militis*, e nella legge unica sotto al titolo *de bonorum possessione, ex testamento militis*. Dal modo come queste due leggi son concepite, si può credere, che, i cittadini i quali non erano soldati e che si trovavano in sì fatta posizione, non godevano di tutti i favori annessi al testamento militare, che abbiamo ricordati; l'unico vantaggio per costoro consisteva nell' abbreviazione delle forme.

I segretarj, e le altre persone del seguito dei generali non godevano del diritto di testare militarmente (legge 16, al Codice, *de testamento militis*.) Lo stesso era per coloro che seguivano gli eserciti colla semplice speranza di diventar militari, ma che non ancora erano

(1) „ *Illis autem temporibus per quae citra expeditionum necessitatem in aliis locis, vel suis aedibus degunt, minime ad vendicandum tale privilegium adjuvantur* „.

Vinnio, sulle istituzioni, e Gotofredo sulla legge del Codice, *de testamento militis*, hanno interpretato nel seguente modo coteste espressioni. „ *Milites si a castris absunt, in hybernis, vel suis propriis sedibus morantes, hoc beneficio non gaudent. In expeditione autem miles esse intelligitur, non tantum si versatur in acie, in hostico, sed et si sit in castris, in fossatis, in stativis, in praesidiis* „.

iscritti su le liste come tali; sebbene avessero il diritto di viaggiare a spese del pubblico erario (*legge 42, ff. eod. tit.*) Eglino, allorchè trovavansi in un luogo occupato dal nemico, godevano lo stesso favore comune a tutti i cittadini, e di cui testè abbiamo fatto menzione.

Secondo le antiche idee dei Romani, colui il quale era preso dal nemico non poteva testare durante la prigionia, a causa del cambiamento di stato che soffriva. Il diritto di cittadino era sospeso; e l'esercizio di questo diritto era indispensabile a chiunque, per poter disporre con testamento. Il testamento che avea fatto precedentemente, era valido nel solo caso che ritornasse, *jure postliminii*. Ciò risulta dalla legge 8, ff. *qui testam. fac. possunt*, e dalle Istituzioni lib. 2 tit. 12, §. 5 (1).

(1) Può riferirsi a questa legislazione ciò che dice Bossuet nel suo discorso sulla storia universale, pagina 458, ediz. in 12 del 1711. » Ordinariamente, non più » i prigionieri noveravano tra i cittadini, e si abbandonavano al nemico come membri recisi dalla repubblica. Osservate in Floro ed in Cicerone l'istoria di » Regolo, che persuase il senato, col sacrificio della sua » propria vità, ad abbandonare i prigionieri ai Cartaginesi. Nella guerra di Annibale, e dopo la perdita della battaglia di Canne, cioè nel tempo in cui Roma » spossata da tante perdite avea maggior bisogno di soldati, il senato trovò meglio di armare, contro il suo costume, otto mila schiavi, che di ricomprare otto mila Romani, i quali non gli sarebbero costati più della nuova milizia, che bisognò levare. Ma nella urgenza del caso si consolidò per legge inviolabile, che un soldato romano dovesse vincere o morire ». Questo illustre autore si fonda non solamente sopra Floro, e Cicerone, ma benanche sopra Tito-Livio, e Polibio.

Questa legislazione fu corretta colla novella 40 dell'Imperadore Leone: ma le novelle di questo imperadore, fatte nel nono secolo, non mai sono state riguardate come parte del diritto romano propriamente detto. Era già gran tempo che ai Romani era rimasto il solo nome.

Egli è essenziale di far qui osservare, che quando il militare, che avea testato militarmente, rientrava ne' suoi lari, il suo testamento avea effetto s'egli moriva nel corso dell'anno. Ciò raccogliesi dalle leggi 17 e 26 ff. *de testamento militis*; nella legge 5 al Codice, *detto tit.*, e nelle Istituzioni, §. 3. Dopo questo periodo, egli dovea rinnovare il suo testamento, e non poteva testare se non nel modo che ogni altro cittadino. Di più, secondo la citata legge 26, se il militare era scacciato per causa ignominiosa, il testamento che avea fatto perdeva tutto il suo favore come testamento militare.

Montesquieu, *lib. 27, cap. un.*, ha benissimo distinto il testamento *in procinctu*, che abbiamo accennato, dal testamento propriamente detto *militare*, il quale fu stabilito colle costituzioni degl'imperadori. Egli aggiugne in una nota, *che questo fu uno degli allettamenti da loro adoperato pei soldati.*

Bisogna convenire che questa idea si presenta in leggendo la legislazione romana su tale oggetto. Ma quando una legislazione stabile ed indipendente da qualunque circostanza, si limita a render men complicate le forme, a motivo della impotenza di adempiere alle forme ordinarie, non si può non applaudire allo spirito di giustizia che l'ha dettata; e per giustificarla non fa d'uopo invocare il sentimento di riconoscenza, che sta impresso nel cuore di tutti.

(Del testamento fatto in mare.)

Finalmente la legge unica, ff. *de bonorum possessione ex testamento militis*, di cui già abbiamo parlato, assimilava ai militari i marinari ed i vogatori che servivano lo stato nelle flotte, e che non erano propriamente militari (1). Non essendosi esteso cotesto privilegio, ad altri cittadini, i Romani non fecero una classe particolare del testamento fatto in mare, ma lo compresero nel testamento militare.

Sebbene la legislazione francese, pei testamenti di qualsivoglia cittadino che naviga, abbia introdotto forme più semplici di quelle dei testamenti ordinarij (lo che conveniva farsi in un tempo in cui i rapporti commerciali sono più estesi, ed i viaggi per mare più frequenti), non pertanto può ben trarsi l'origine di questa forma di testamento dalla disposizione legislativa che abbiamo riferita.

(Del testamento fatto in tempo di peste.)

Il terzo testamento privilegiato era quello fatto in tempo di peste.

Desso in vero non avea lo stesso favore del testamento militare. In quanto alle disposizioni non eravi derogazione alle leggi generali: la differenza riguardava la forma. Il ti-

(1) » *In classibus omnes remiges et nautae milites sunt, et jure militari eos testari posse, nulla dubitatio est* ». Leg. un. ff. de bon. poss. ex test. mil.

more del contagio era un ostacolo alla riunione dei testimonj richiesti nei casi ordinarij, e per ciò la legge vi dispensava. Quindi poteano leggersi ai testimonj separatamente le disposizioni del testatore, e ciascuno di essi poteva sottoscriverle isolatamente. Il numero dei testimonj però dovea essere lo stesso. Tali sono le disposizioni della legge 8 del Codice, *de testamentis*, che regola questa specie di testamenti.

(Della legge Falcidia).

Dopo aver esposta la legislazione intorno ai testamenti, dobbiamo far osservare, che parecchie leggi furono successivamente emanate per frenare gli abusi che si credette ravvisare nella illimitata facoltà di disporre accordata colla legge delle XII tavole. Tale fu lo scopo delle leggi *Falcidia*, *Voconia*, *Furia*, *Oelia*, e di altre.

Noi faremo quì cenno della sola legge *Falcidia*, perchè dessa è stata osservata nei paesi di diritto scritto fino ai tempi della rivoluzione, quando nuove leggi furono pubblicate relativamente alle successioni.

Spesso avveniva, che i testatori assorbivano coi legati tutto il loro asse, e conseguentemente gli eredi istituiti non accettavano la successione. Da ciò risultava, che coloro i quali avevano fatto un testamento, morivano cioè non ostante come se fatto non lo avessero, ossia *intestati*; dappoichè essendo l'istituzione dell'erede la base del testamento, non esistea più testamento quando mancava l'erede.

Per ovviare a questo inconveniente, la

legge *Falcidia* (così detta da Falcidio Tribano del popolo , il quale la propose l'anno 714 della fondazione di Roma), vietò di legare al di là di tre quarti dei beni , e permise che in caso diverso l'erede istituito potesse ritenere il quarto della eredità.

Stabilita la regola della deduzione del quarto in favore dell'erede , fu d'uopo spianare una moltitudine di difficoltà alle quali essa dette luogo. Ciò rilevasi dal titolo del Digesto, *de lege Falcidia*.

Tai difficoltà dovettero non per tanto sparire in molti casi , dopo che Giustiniano colla Novella 1. cap. 2, §. 2 concesse la facoltà ai testatori di proibire all'erede di ritenersi la quarta falcidia. I giureconsulti internati della scienza e dello spirito del diritto , han ravvisato che ciò formava una specie di contraddizione colla legislazione già stabilita. Giustiniano , sotto al cui nome si fecero moltissime innovazioni e cangiamenti nelle leggi , stippose che la facoltà accordata all'erede istituito di ritenersi la quarta falcidia, fosse stata concessa unicamente nell'interesse del testatore , mentre dessa lo era pure in favore dell'erede.

§. 2. *Del codicillo, secondo i principj del diritto romano.*

(Origine del codicillo).

Il codicillo fu , sotto Augusto , un nuovo modo di disporre. Desso discendea dal principio dei testamenti ; ma le forme n'erano più semplici , e vi erano delle diversità riguardo agli effetti.

Ciò che vi dette luogo fu la difficoltà di adempiersi le forme del testamento da quei che viaggiavano , ai quali riusciva difficile fare un testamento, o aggiugnere nuove disposizioni ad un testamento già fatto.

Il primo codicillo fu quello di Lucio Lentulo , il quale era stato console di Roma , e che morì in Africa. Augusto, il quale avea interesse nelle disposizioni in esso contenute, consentì perchè avesse esecuzione, sull'avviso del celebre giureconsulto Trebazio, il quale non vi riconobbe cosa alcuna contraria alla legislazione romana. In seguito , avendo anche il giureconsulto Labeone disposto con codicillo , l'uso di esso diventò generale. Questa è la storia che Giustiniano ci ha tramandato nelle istituzioni *tit. de codicillis, in prooem.*

Dalla legislazione su questa materia raccogliesi, che il codicillo fu sostituito all'uso delle lettere che pria scrivevansi all'erede testamentario, con cui veniva pregato a far qualche cosa di più di quel che trovavasi stabilito col testamento. Desse però non erano obbligatorie, come lo fu il codicillo.

(Sue forme. In che differiva dal testamento.)

Quando il codicillo era scritto, esso doveva essere eseguito senz' altra formalità. Se era *nuncupativo* bastava l' intervento di cinque testimoni. Colui che non poteva far testamento non potea disporre col codicillo: i testimoni doveano avere la medesima idoneità tanto per l' uno quanto per l' altro. Alcune leggi fan sorgere su questo ultimo oggetto delle dubbiezze, ma queste svaniscono, ove se ne esami ni a fondo la legislazione.

La principale differenza, circa la sostanza delle disposizioni, consisteva in ciò, che col codicillo non si poteva direttamente nè istituire un erede, nè diredare. Queste cose formavano i due principali attributi del testamento. Non poteasi del pari privare della eredità quegli che fosse stato istituito erede con un testamento precedente.

Potevasi bensì fare dei legati; ed oltre ciò, quando i fedecommissi cessarono di essere semplici raccomandazioni, e divennero disposizioni ordinarie, come diremo in seguito, si potette col codicillo imporre all'erede legittimo o testamentario l'obbligo di rimettere tutta o parte della successione alla persona che in esso s' indicava.

Fuvvi di più: si potette coll'atto istesso fare un testamento ed un codicillo. Ciò era l'effetto della clausola codicillare inserita nel testamento, in virtù della quale se il testamento non potea valere come tale, esso dovea essere eseguito come codicillo; eccetto però alcuni casi (1).

(1) Tutte le difficoltà, cui dette luogo la introduzio-

In generale, leggendo la romana legislazione si concepiscono grandi idee: ma non può disconvenirsi che quando si ricerca la distinzione tra il testamento, la donazione a causa di morte, ed il codicillo, s'incontrano delle meschine sottigliezze. I due ultimi modi di disporre erano evidentemente abusi della libertà di disporre, la quale dovea essere limitata alle disposizioni tra vivi, ed ai testamenti, di cui uno può essere rivotato o modificato da un secondo. Se non si conoscesse l'attaccamento superstizioso che ciascuna provincia avea pei suoi particolari usi, ognuno rimarrebbe sorpreso dal vedere come uno degli uomini, che ha sommamente onorata la magistratura, e l quale si è renduto immortale per virtù, e per profonde cognizioni e rari talenti, abbia lasciato sussistere tali abusi nell'ordinanza del 1735, intorno ai testamenti.

ne del codicillo, si ravvisano nel titolo *de jure codicillorum* nel Digesto, ed in quello, *de codicillis* nel codice. Questa legislazione è spiegata da Domat col suo solito metodo, par. 2. lib. 4. tit. 1, sez. 1. e 2. Ove taluno abbia vaghezza di conoscere con più distinzione quanto riguarda la storia dei codicilli, può consultare Eneccio, *Ant. Rom. ad Instit.* lib. 2, tit. 23, 24, e 25.

§. 3. *Del testamento e del codicillo secondo la legislazione francese.*

(Antichità della facoltà di testare in Francia)

I monumenti storici c' insegnano che, fin da primi tempi della monarchia francese, i testamenti vi sono stati in uso. Il monaco Marculfo, il quale visse nel 7.^o secolo ce ne ha trasmessa la formola, che vien riportata per intero nelle formole del Brissonio, pag. 773. In essa si ricordano le forme ricavate dal diritto romano, ossia dal Codice Teodosiano, il solo conosciuto in Francia in quel tempo, e che era osservato da gran numero d'individui, (da che allora le leggi erano personali); mentre le compilazioni di Giustiniano, che si dispersero, furono scoperte in Amalfi molto dopo. *Ut romanae legis decrevit auctoritas*, si dice nella formola di Marculfo.

Ma in seguito essendosi la Francia più particolarmente divisa in paesi di diritto scritto, in cui si osservava il diritto romano, ed in paesi di *Costumanza*, ove opposti usi si adottarono (1), vi furono notabilissime diversità nella legislazione relativa ai testamenti.

(1) Sull' origine della divisione della Francia in paesi di *diritto scritto*, ed in paesi di *costumanza*, può consultarsi la storia del diritto francese del dotto abate Fleury, che precede l' istituzione del diritto francese del signor Argou; l' opera intitolata *Historiae juris gallicani Epitome*, pag. 1685, di Eneccio, che fa seguito alla sua storia del diritto civile romano e germanico, ediz. del 1765 in 8.; e Montesquieu, spirito delle leggi lib. 28, cap. 4.

(Regola generale e comune in Francia, in quanto alla capacità di disporre e di ricevere con testamento. Del diritto d'albinaggio.)

Prima di entrare nella esposizione di queste diversità , egli è a proposito di ricordare una regola generale e comune a tutta la Francia, relativamente alla capacità di disporre e di ricevere a titolo gratuito.

Per avere questa capacità bisognava, tanto nei paesi di *diritto scritto*, quanto nei paesi di *costumanza* esser francese nato o naturalizzato con rescritto del principe. Quindi uno straniero non potea disporre per testamento dei beni che egli avea in Francia , nè tampoco potea ricevere a questo titolo beni esistenti nel territorio francese ; e neppure potea riceverli a titolo di successione.

Non bisogna però confondere questa incapacità meramente politica, che ebbe luogo contro gli stranieri , colla incapacità che concerne coloro che sono morti civilmente , e che, propriamente parlando , è una *indegnità* ; alla quale la legge penale ha potuto dare quella latitudine che ha creduto convenevole.

Gli stranieri hanno sempre goduto , come i nazionali , di ciò che chiamasi *vita civile*. Essi non possono esercitare diritti politici nello stato di cui non fanno parte , perchè questa

e seg. Può ancora riscontrarsi sullo stesso oggetto, *les mœurs et coutumes des français* del sig. Legendre , pag. 110 ; e 111 e Mirabeau *des lettres de cachez , et des prisons d'état*, vol. 2. pag. 133.

facoltà appartiene soltanto a coloro che hanno diritto di cittadinanza. In quanto ai diritti civili; la legge dello stato in cui vivono e posseggono de' beni, li ha privati solamente di taluni determinati diritti, e la legge stessa ha modificati a loro riguardo tai diritti, quando l'interesse dello stato medesimo lo richiedea. Questa privazione però non è già l'effetto di una pena; per lo che non può paragonarsi il loro stato con quello della morte civile.

Cotesta privazione di certi diritti civili, come il diritto attivo e passivo di succedere in rapporto agli stranieri, trae la sua origine dal principio, che la facoltà di succedere, di dare e di ricevere con testamento, era una emanazione del diritto meramente civile, stabilito unicamente pei cittadini del medesimo stato. E questa esclusione è stata appoggiata dalla politica, che han seguito tutte le nazioni, d'impedire che gli stranieri portassero nella loro patria capitali e rendite, le quali tolte alla interna circolazione dello stato, avrebbero pregiudicato la sua prosperità.

Questa legislazione avea luogo presso i Romani, da che la capacità attiva e passiva di testare e di succedere era attaccata esclusivamente al titolo di cittadino romano; e tutto dimostra, che essi aveano improntato quest'uso da' Greci.

Demostene, nel suo discorso in difesa di Eussiteo contro Eubulide, per dimostrare che Eussiteo godea il titolo di cittadino, che gli veniva contrastato, addusse per pruova la circostanza che egli avea sempre ereditato de' beni dai suoi congiunti. Cicerone impiegò

lo stesso mezzo in difesa del Poeta Archia : ed egli stesso per provare, che la proscrizione attiratagli da Clodio, nommai avea impedito che fosse considerato qual cittadino romano, disse, che a malgrado del suo esilio molti cittadini gli aveano lasciato senza difficoltà de' legati con testamento.

Quest' uso si è generalizzato in tutte le nazioni europee, ed è stato la origine del diritto tanto noto sotto il nome di *albinaggio*. Gli stranieri erano chiamati *albini*; parola che derivava da queste altre *albi nati*.

Per effetto di tal diritto i beni di un francese esistenti in Francia, che avrebber potuto ricadere a degli stranieri per successione o per testamento, erano devoluti ai congiunti del defunto i quali erano cittadini francesi, ed in mancanza di costoro al demanio dello stato. Si fecero per altro delle eccezioni a favore de' sudditi di talune potenze straniere, in certi casi, o per alcuni luoghi solamente. Con ciò si ebbe in mira di aumentare la popolazione di talune provincie, o di richiamare un maggior concorso di negozianti alle fiere di alcune grandi città della Francia. L' antico governo accordò anche più estesa esenzione dal diritto di *albinaggio*, in favore dei sudditi di talune potenze che aveano fatto altrettanto in favore de' francesi. È superfluo di discendere alle particolarità di queste eccezioni, essendo sufficiente conoscerne il principio.

L' assemblea costituente, con filantropiche vedute, fece grandi cangiamenti nella legislazione su tal materia. Con un decreto del dì 6 agosto 1790 abolì il diritto di albinaggio sulla

successione degli stranieri morti in Francia : con altro decreto del dì 8 aprile 1791 dispose che gli stranieri , sebbene stabiliti fuori del Regno , fossero capaci di raccogliere in Francia le successioni de' loro parenti anche francesi.

La nazione francese fu in ciò vittima della sua lealtà , dappoichè le potenze straniere non vi corrisposero coll' adottare i medesimi principj in favore de' francesi.

Nel compilarsi quindi il Codice civile si divisò di adottare idee più sane , ammettendo il principio di reciprocazione , cioè accordando agli stranieri , relativamente alla facoltà di succedere , ed a quella di ricevere , sia a titolo di testamento sia a titolo di donazione tra vivi , i beni situati in Francia ed appartenenti ai francesi , lo stesso diritto che avrebbe un francese nello stato cui appartiene lo straniero , il quale si presentasse in Francia per succedere o per ricevere in virtù di liberalità. Questo principio di reciprocazione ha formato la base degli articoli 11 , 726 , e 912 , del Codice Civile (1) (*Art. 9 n. 1 , art. 647 e 828 LL. Civ.*).

La circostanza , che questo codice mette del pari la donazione tra vivi ed il testamento ,

(1) Su questa materia può leggersi utilmente un rapporto fatto dal Sig. Roederer inserito nella pregevole opera del Sig. Lochè Segretario generale del Consiglio di stato intitolato *Esprit du Code Civil. Vol. 1 pag. 230* opera , il cui primo volume è uscito alla luce allorchè io avea già scritto il presente discorso e gran parte del trattato

in quanto alla capacità degli stranieri , mi offre l'opportunità di fare una osservazione , a fine di paragonare l' antica colla nuova legislazione.

Sotto l' antica legislazione la incapacità degli stranieri era limitata alla sola facoltà di succedere , di testare , e di ricevere per testamento , come appare dal testè detto. Essi non erano incapaci di donare tra vivi , e di ricevere allo stesso titolo. Ragione di ciò era , che questo modo di acquistare apparteneva al diritto delle genti , e che gli stranieri potevano acquistare con atti tra vivi , e possedere come i nazionali : tale era la dottrina di Ricard , che ne ha dottamente sviluppato i motivi , (*delle donazioni* , 1.^a parte , n.º 201 ; e *seguenti*) e questa dottrina è stata confermata in modo preciso da Pothier , (*introd. al tit. 15 della costumanza di Orleans* , n.º 10.)

La legge Civile però , come ho già fatto osservare , in principio di questo discorso , può modificare , per lo interesse generale , tutto ciò che ha rapporto al diritto naturale ed al diritto delle genti : d' altronde il sistema di reciprocazione che ha formato la base delle disposizioni del Codice Civile su tal materia , stabilisce una eguaglianza , per la quale è impossibile di tacciare in menoma parte la legge di durezza , e d'ingiustizia (a).

(a) *Nota intorno al diritto di albinaggio nel Regno.*

Il sistema dell' albinaggio secondo il Codice Civile , che fu provvisoriamente in osservanza nei reali dominj di quà dal Faro dal 1809 fino al 1819 ha sofferto notabile variazionc. Giusta le disposizioni degli art. 11

(Differenze intorno ai testamenti nei paesi di dritto scritto, ed in quei di costumanza.)

Passo ora alle differenze essenziali intorno a' testamenti nei paesi di diritto scritto, ed in quei di costumanza.

In quanto ai paesi di diritto scritto, tutto quel che noi abbiamo detto del diritto romano ne' due antecedenti paragrafi, può riguardarsi come base de' principj che in essi regolavano le disposizioni testamentarie.

726, e 912 del detto Codice per far cessare in favore di uno straniero l'esercizio del diritto di albinaggio, ed ammetterlo a succedere e ricevere donazioni in questa parte del regno, era indispensabile un *formale trattato diplomatico* che stabilisse la reciprocazione tra i sudditi di questo regno, e quelli della Potenza estera cui lo straniero appartenesse. Senza cotesto trattato lo straniero non era ammesso a succedere nel regno, quantunque nello stato cui egli apparteneva non fosse riconosciuto, od esercitato l'albinaggio a danno de' sudditi Napolitani.

La necessità di un trattato diplomatico venne modificata con decreto Reale del 12 Agosto 1818. Con questo fu stabilito:

1.^o che il diritto di albinaggio non si sarebbe esercitato nel regno contro i sudditi di quelle potenze, che non lo esercitassero contro i sudditi di questi Reali dominj.

2.^o Che gli stranieri godessero di tal beneficio dal dì in cui la Potenza alla quale appartenessero manifestava con dichiarazione ufficiale che accordava la reciprocazione ai sudditi di questo regno.

3.^o Che gli stranieri, in favore dei quali non esercitavasi l'albinaggio, potessero raccogliere le successioni aperte in loro favore.

Secondo tal decreto adunque al trattato diplomatico fu sostituito una semplice dichiarazione ufficiale. Siccome però all'epoca dell'enunciato decreto trovavansi sul proposito dell'albinaggio conchiusi dei trattati con diverse Potenze, così fu stabilito con altro de-

Si avea la libertà di disporre di tutti i beni appena si perveniva alla pubertà.

L'istituzione di erede era la base del testamento: dessa era indispensabile.

creto del 7 Settembre 1818, che il precedente decreto del 12 Agosto non derogava ai diritti dei sudditi di questo regno e delle altre Potenze, nascenti da trattati vigenti colle medesime: e con altro decreto del 9 Novembre dello stesso anno furono pubblicati gli articoli dei trattati conchiusi colla Porta Ottomana, colla Svezia, colla Danimarca, e colla Francia intorno all'abolizione dell'albinaggio.

Le Leg. Civ. per lo Regno delle due Sicilie, messe in osservanza al 1.^o di Settembre 1819, han portato maggior semplicità nelle regole dell'esercizio del diritto di albinaggio. Secondo l'art. 9 n. 1.^o e gli art. 647, e 828 delle dette leggi, gli stranieri godono nel regno quei medesimi diritti civili, che la nazione, cui essi appartengono, accordi ai nazionali. Conseguentemente gli stranieri possono succedere, e ricevere donazioni nel regno, sempre che la nazione cui essi appartengono accordi il medesimo favore agl'individui di questo regno. La regola di sopra esposta può soffrire delle eccezioni, e queste debbono essere stabilite con *transazioni diplomatiche*; secondo che vien dichiarato in fine del n. 1.^o dell'art. 9, ed in fine dell'art. 828. Le nostre leggi adunque, hanno stabilito attualmente una reciprocazione di fatto per tutti i diritti civili in favore degli stranieri, senza bisogno nè di trattati, nè di dichiarazioni diplomatiche: Tale reciprocazione può esser soltanto limitata con particolari transazioni diplomatiche.

Nell'attuale nostra legislazione su tal particolare non può contrastarsi allo straniero una successione, senza dimostrare legalmente, che nello stato cui egli appartiene i sudditi Napolitani non sono ammessi a succedere.

Per riunire sotto un medesimo punto di veduta le disposizioni intorno all'albinaggio in questo Regno, crediamo far cosa grata ai lettori di indicare la serie cronologica dei diversi trattati dichiarazioni, e transazioni diplomatiche, che hanno

Vi erano due specie di testamenti ; il testamento nuncupativo scritto , (poichè l' ordinanza del 1735, conforme ad altre più antiche, non ammetteva disposizioni non scritte) ; ed il testamento mistico. Bisognava per ontrambi il numero di sei testimonj , oltre il Notajo , che faceva le veci di un altro , e che di più era l' ufficiale essenziale dell'atto : in tal modo si imitava la presenza de' sette testimonj richiesta dalle leggi romane.

avuto finora luogo con le Potenze estere. Chi abbia curiosità di leggerle per esteso può riscontrarle nella collezione delle leggi.

Leg. dei 27 Aprile 1816 art. 16, trattato con la Potenza di Algieri

Leg. dei 15 Maggio 1816 art. 10 , trattato con la Potenza di Tripoli

Circ. del 1.^o Giugno 1816, abolizione dell'Albinaggio collo stato Pontificio

Dec. de' 6 Settembre 1816 *idem* colla Francia

Leg. de' 30 Marzo 1818, sulla osservanza dei trattati colle corti di Francia di Spagna e d'Inghilterra

Leg. de' 4 Settembre 1818 e decreto dello stesso mese concernente l'abolizione dell'Albinaggio con la Prussia

Circ. dei 23 Maggio 1818 *idem* per Parma , Piacenza e Guastalla.

Dec. de' 9 Novembre 1818 *idem* per Modena

Dec. de' 15 Dicembre 1818 *idem* per Lucca

idem per la Baviera

11 Gen. 1819 *idem* per Massa e Carrara

22 detto *idem* per Wurtemberg

1.^o Feb. 1819 *idem* per la Sassonia

26 detto *idem* per l' Austria

8 Marzo 1819 *idem* per Arhalt Dassaen

idem per la Sassonia Meiningen

idem per la Sassonia Hebbungen

15 detto *idem* nei Paesi Bassi.

Talvolta dovea chiamarsi un testimonio di più, lo che componeva il numero di otto, compresi il notajo; come nel caso del testamento del cieco.

Dec. de' 26 Marzo 1819 abolizione dell'albinaggio
pel ducato di Parma

29 detto *idem* per Amburgo

28 Aprile 1819 *idem* per Brema

idem per Lubeca

idem per l'Inghilterra

3 Mag. 1819 *idem* per Assia Cassel

idem per la Toscana

2 Giugno 1819 *idem* per la Svezia

29 detto *idem* pel Portogallo

6 Luglio 1819, abolizione del diritto di *detrazione*
pel Ducato di Parma

17 Agosto, 1819 abolizione dell'albinaggio per la
Sassonia Goha

idem per la Sassonia Veimar

idem per Arhalt Bernbourg

idem per Francfort

28 Settembre 1819 *idem* per Meklembourg-Schwerin

6 Nov. 1819 *idem* per l'Annoverese

7 Dec. 1819 *idem* per la Sassonia Coburg

20 detto, abolizione del diritto di *detrazione* pel Ducato di Modena

31 detto, abolizione dell'albinaggio in favore dei sudditi di S. M. Cattolica

2 Feb. 1819 *idem* per Meklembourg-Strelin

Leg. dei 27 Marzo 1820, abolizione del diritto *detrazione* per la Baviera.

5 Aprile 1820 *idem* per Wurtemberg

Dec. de' 3 Mag. 1820 abolizione dell'albinaggio per la Svezia

Leg. de' 15 detto abolizione del diritto di *detrazione* pel Ducato di Assia e del Reno

Dec. dei 15 detto, abolizione dell'albinaggio per Baden

Dec. dei 28 Lug. 1820 *idem* pei Polacchi

Leg. del 18 Apr. 1822 *idem* pel Piemonte

I testimonj doveano essere maschi , regnicoli , e godenti i dritti civili ; e doveano avere l' età in cui era permesso di testare.

Era anche in uso ne' paesi di diritto scritto il testamento olografo , ma soltanto 1.^o per le disposizioni in favore de' figli , sia che gli ascendenti disponessero con istituzioni , sia col partaggio; 2.^o per quelle de' militari; 3.^o per le liberalità in favore delle chiese , e dei poveri , che comunemente dicevansi per *causa pia*. Nondimeno vi erano dei paesi di diritto scritto della giurisdizione dell'antico Parlamento di Parigi , come quelli di *Alvergna* e del *Maconnais*, ove, per particolare giurisprudenza , il testamento olografo era ammesso per ogni sorta di persona indistintamente.

In conseguenza dello stesso favore accordato agli ascendenti , quando costoro non sapevano scrivere potevano , soltanto ne' tre casi su esposti , fare le loro disposizioni di ultima volontà innanzi a due Notaj , o innanzi ad un Notajo e due testimonj. Questo numero era sufficiente , comunque fosse stato il testamento , pubblico cioè , o mistico.

Il Codicillo era egualmente un modo di disporre ammesso nei paesi di diritto scritto , e secondo i medesimi principj del diritto romano esposti di sopra. Per questo bastava la presenza di cinque testimonj , compreso il Notajo.

Esso poteva essere olografo , ma soltanto per parte degli ascendenti , allorchè le disposizioni erano fatte in favore de' figli e discendenti. Quando gli ascendenti facevano un codicillo innanzi al notajo , è evidente che , anche nel caso di disposizione in favore dei figli o discen-

denti, era necessario lo stesso numero di testimonj richiesto allora pel testamento; vale a dire, che il codicillo poteva in quel tempo esser fatto o innanzi a due notai, o innanzi ad un notajo e due testimonj, qualunque fosse stata la forma del codicillo, pubblico cioè, o mistico.

Il fin quì detto intorno al testamento ed al codicillo ne' paesi di diritto scritto risulta dagli art. 4 a 21 inclusive, e dagli art. 39, e 40 dell'ordinanza del 1735. Questi articoli regolavano coteste specie di disposizioni con dettagli che crediamo inutile di riferire.

In rapporto poi ai paesi di costumanza, i testamenti vi erano generalmente ammessi, ma con idee molto diverse da quelle che si attiggevano dal diritto romano.

Secondo questo diritto, non aveasi alcun riguardo all'origine de' beni. Uno era il patrimonio: i più prossimi congiunti erano i soli eredi riconosciuti (*proximus haeres esto*).

Ma ne' paesi consuetudinarij si seguì opposto principio. Si volle che i beni ritornassero ai parenti del lato di coloro che li avevano recati nelle famiglie. Vi furono due principali specie di beni cioè *beni antichi* (*propres*) e *beni nuovi* (*acquêts*) (a). Inoltre i beni antichi

(a) Distinguevasi nel linguaggio consuetudinario francese beni ereditarij in beni *propres* e beni *acquêts*. I primi erano gl' immobili devoluti per successione in linea retta o collaterale o per donazione in linea retta. Si distinguevano in *propres anciens* provenienti dagli antenati, *propres naissans* quelli acquistati dalla persona da cui si erano avuti diretta-

si dividevano talvolta secondo i differenti stipiti donde provenivano ; in modo che vi fu una moltitudine di eredi , cioè quelli dei diversi beni antichi , e quelli dei beni nuovi. Si accordò tanto favore agli eredi dei beni antichi , e si ebbe tanto interesse pel ritorno dei beni nelle famiglie , che la libertà di disporre fu sommamente ristretta : da ciò nacque la celebre regola , *paterna paternis , materna maternis*.

Le costumanze variavano all' infinito circa

mente per successione o donazione. Distinguevasi ancora in *propres paternels* , e *propres maternels* , secondo che provenivano dal lato paterno o materno.

I beni *acquêts* poi erano quelli acquistati a titolo oneroso , o anche gratuito , eccetto che per successione o donazione diretta o collaterale. I beni confiscati che si davano agli eredi presuntivi erano anche nella classe degli *acquêts* non ostante che in rapporto al confiscato erano *propres*.

Anche presso di noi le consuetudini Napoletane intorno alle successioni facevano distinzione tra *beni antichi* (*bona antiqua*) che erano i beni pervenuti a titolo di successione dal padre o dalla madre o da altro consanguineo agnato o cognato ; e *beni nuovi* (*bona noviter quaesita*) che erano quelli pervenuti al disponente per tutt' altra via , o titolo - Le dette consuetudini accordavano la metà dei beni antichi ai figli ed in loro mancanza agli ascendenti , agnati o cognati più prossimi nel lato da cui i beni erano pervenuti - Dei beni nuovi ciascuno poteva disporre liberamente dopo aver lasciato la legittima a chi di diritto. Veggasi la consuetudine *Si aliquis* , e quel che ne dice Fighera nelle sue Istituzioni del diritto del Regno sotto al titolo del *haeredibus instituendis*.

Noi quindi nel rendere in italiano le parole francesi *propres* ed *acquêts* abbiamo seguito la nomenclatura delle vecchie consuetudini , perchè loro corrisponde esattamente ; chiamando i primi beni antichi ed i secondi beni nuovi.

la quota riservata agli eredi del sangue, e di cui questi non potevano essere privati con testamento.

Secondo alcune di esse, come quelle di *Parigi*, e di *Orleans*, potea disporsi dei mobili, dei beni nuovi, e della quinta parte degli antichi.

Altre, come quelle della *Marca*, permettevano di disporre del terzo di tutti i beni di qualunque sorte; ed altre del quarto, come quelle di *Alvergnà*, e del *Borbonese*.

Talune costumanze permettevano disporre dei mobili, e dei beni nuovi e del terzo dei beni antichi: e ciò vedesi particolarmente nella costumanza di *Meaux*.

La costumanza (art. 422 e 427) di *Normandia* permetteva di disporre con testamento o donazione a causa di morte, del terzo dei beni nuovi: ma essa proibiva assolutamente questo genere di disposizione in quanto ai beni antichi.

Finalmente vi erano delle costumanze, le quali, come quella della *Rocella*, permettevano di disporre di tutti i mobili, e dei beni nuovi, sempre che vi esistevano dei beni antichi. Ma quando questi non vi erano i beni nuovi erano surrogati agli antichi; e se non vi erano nè quelli nè questi, i mobili prendevano il luogo di questi ultimi in favore degli eredi. Questa fu chiamata *Costumanza di surroga*.

In somma, era sempre lo stesso principio riportato di sopra, modificato diversamente.

Intorno alle forme delle disposizioni, le costumanze variavano: esse però erano sempre infi-

nitamente più semplici di quelle richieste per le disposizioni di ultima volontà nei paesi di diritto scritto : al fine desse furono regolate in un modo preciso coll' ordinanza del 1735, art. 22 , e seguenti.

Secondo questi articoli, nei paesi di costumanza, in cui le formalità stabilite dal diritto scritto per le disposizioni di ultima volontà non erano autorizzate da leggi, statuti, o consuetudini, due forme soltanto potevano usarsi per sì fatte disposizioni: esse doveano essere olografe, ovvero nuncupative, e ricevute da persone pubbliche. Ogni altra forma di disporre a causa di morte fu abrogata nei detti paesi di costumanza.

Di là nacque una rimarchevole diversità. Questa consistea in ciò, che la forma mistica, generalmente praticata nei paesi di diritto scritto pel testamento e pel codicillo, non era affatto permessa per le disposizioni medesime nei paesi di costumanza. Siccome in tai paesi poteasi soltanto donare delle quote, e non mai istituire un erede, così è probabile, che la precauzione della forma mistica, inventata affinchè gli eredi del sangue, i quali fossero stati privati della successione, non conoscessero le disposizioni, ebbe in essi meno favore, poichè riputata meno necessaria.

Al contrario, la forma olografa delle disposizioni era generalmente ammessa nei paesi di costumanza; mentre nei paesi di diritto scritto era ricevuta soltanto per le disposizioni degli ascendenti in favore dei figli e discendenti, e per quelle dei militari. Ciò derivava dai principj del diritto romano, che aveano derogato

alle grandi solennità del testamento in questi due casi soltanto. In seguito fu estesa alla causa pia , come già ho detto.

Poichè le disposizioni testamentarie nei paesi di costumanza non potevano comprendere che una parte dei beni , esse furono rivestite di minori solennità. Due notai , o un notajo e due testimonj scribenti bastavano per la rogazione del testamento e del codicillo. (*art. 23 dell' ordinanza del 1735*).

Questa medesima ordinanza , articoli 24 , 25 , e 26 , lasciò non di meno sussistere alcuni antichi usi locali , in virtù dei quali quegli atti potevano essere ricevuti dagli ufiziali di giustizia , dai cancellieri , dagli ufiziali municipali , dai curati , o dagli assistenti nelle parrocchie , e negli ospedali.

La differenza delle disposizioni testamentarie tra i paesi di diritto scritto , e quelli di costumanza influì benanche , a più forte ragione , sulle forme estrinseche. Nei paesi di costumanza non solamente non richiedeasi nel testamento la istituzione dell'erede , lo che nei paesi di diritto scritto formava la base del testamento , ma non ve ne potea neppure essere. In detti paesi non si potea col testamento privare gli eredi del sangue , nè del titolo di erede , nè di tutti i beni. Se adoperavasi la frase *istituzione di erede* , questa istituzione era considerata come semplice legato , il quale poteva essere qualificato come *legato universale* , se il testatore avea disposto di tutto ciò che la legge permetteagli di donare. Perciò nei paesi di costumanza il testamento , secondo il linguaggio

stesso degli autori , era riguardato come un codicillo , perciocchè come abbiamo fatto osservare , il vero carattere del testamento era la formale istituzione dell'erede , che di sua natura era universale , e per codicillo , del pari che per donazione a causa di morte , intendevansi tutti gli atti di ultima volontà , con cui non si nominava un erede , ma solo facevansi dei legati limitati agli oggetti di cui disponevasi.

Da ciò non segue che dopo fatto un testamento non si avesse potuto fare una seconda disposizione che qualificavasi codicillo , ad oggetto di spiegare il testamento , di aggiungervi o di togliervi : ma la prima disposizione , del pari che la seconda erano della natura del legato , ed ogni legatario doveva chiederne la soddisfazione agli eredi chiamati dalla legge.

Da quanto abbiamo detto risulta pure , che la deduzione della quarta falcidia dell'erede , era ignota nei paesi di costumanza.

Relativamente all'età in cui potevasi testare , le costumanze variavano eziandio. Secondo le diverse loro disposizioni si avea la facoltà di testare all'età di 15 , 16 , 17 , 18 , 20 , o 25 anni. Le stesse costumanze permettevano di testare in divers'età , secondo la natura degli oggetti di cui disponevasi. Così nella costumanza di *Parigi* , il testatore doveva avere l'età di 25 anni per disporre con testamento dei suoi beni antichi , e bastava l'età di anni 20 per disporre de' suoi mobili , e dei beni nuovi (1).

(2) Sulla origine , e progresso della giurisprudenza relativa all'età in cui potevasi testare ne' paesi di costu-

Riguardo ai testimonj pel testamento, esse doveano avere l'età di 20 anni: l'art. 39 dell'ordinanza del 1735 ne aveva fatto una legge generale per tutti i paesi di costumanza.

È da notare, che vi erano molte costumanze le quali non faceano motto dell'età in cui potevasi testare. In un gran numero di tai costumanze si seguiva in questa parte il diritto romano; di tal che potevasi testare alla pubertà: e da ciò risultava una singolarità, che dovendo i testimonj sempre avere l'età di 20 anni, spesso accadeva, che bisognava avere età maggiore per far da testimonio, che per testare.

(Della organizzazione dei testamenti militari, in tempo di peste, ed in mare per tutta la Francia.)

Il testamento militare, ed il testamento in tempo di peste erano stati benanche organizzati

manza può consultarsi una dotta dissertazione del sig. Ricard (*traité des donations* prima parte, cap. 3 sez. 3)

Non abbiám creduto dovere parlare in questo discorso istorico della facoltà della donna maritata, tanto relativamente alla donazione tra vivi, quanto in rapporto al testamento. Questa spiegazione riguarda più particolarmente il titolo del *contratto di matrimonio*, e dei *diritti rispettivi dei conjugi*. Ci limiteremo quì a dire, che nei paesi di diritto scritto, secondo l'ultimo stato del diritto romano, la donna in potestà del marito poteva testare senza l'autorizzazione di costui; lo stesso praticavasi nei paesi consuetudinarj eccetto la *Normandia* ed altri pochissimi. In *Normandia* la moglie dovea essere autorizzata dal marito per testare, tranne se nel contratto di matrimonio si avea riserbata questa facoltà (*art. 417.*)

in tutta la Francia coll'ordinanza del 1735. Pothier ha fatta una esattissima analisi delle disposizioni di questa ordinanza su tale oggetto (1). Non crediamo inutile il riportarla. In tal modo si potranno paragonare tre legislazioni su questa materia, cioè, la legislazione dei Romani testè ricordata, l'antica legislazione francese, e la nuova stabilita col codice civile.

» I testamenti militari, dice Pothier, e
» quelli fatti in tempo di peste, o che i testato-
» ri siano infermi o che no, sono dispensati da
» molte regole stabilite pei testamenti in gene-
» rale.

» In questi ultimi gli uffiziali di giusti-
» zia regj, baronali, o municipali, sino al can-
» celliere inclusivamente, il curato, il vicario o
» altro destinato ad amministrare i sacramenti,
» possono far le veci di notajo.

» Nei testamenti militari, i maggiori, e gli
» uffiziali di grado superiore, i prevosti dell'ar-
» mata, i di loro luogotenenti, i cancellieri,
» o i commessarj di guerra, possono farne le
» veci. Il cappellano, anche regolare, può ri-
» cevere pure i testamenti degli infermi, o fe-
» riti. (*Ordinanza del 1735 art. 27, 33*).

» Negli uni e negli altri può farsi uso di
» testimonj che non sappiano firmare, quando
» firma il testatore (*art. 28, e 34*). Gli stra-
» nieri non naturalizzati, purchè non siano no-
» tati d'infamia, possono anche far da testi-
» monj nei testamenti militari. (*ibid. art. 40*).

(1) Introduzione al tit. 16 della costumanza d'Orleans
n.º 15.

» Il testamento militare può farsi dagli uffiziali, e dai soldati allorchè trovansi in una spedizione militare, o prigionieri di guerra, o acquartierati fuori del regno, o in una piazza assediata, o cittadella chiusa (*ibid.* art. 30).

» Coloro i quali, non essendo nè uffiziali nè soldati, sono al seguito dell' esercito, sia al servizio di qualche uffiziale, sia per la somministrazione dei viveri o per qualunque altro impiego, possono pure testare colla forma militare; ma il testamento di costoro, che non è fatto colle forme ordinarie, cessa di esser valido sei mesi dopo che il testatore è ritornato in un luogo ove egli può testare secondo tai forme. (*ibid.* art. 32).

» Quelli fatti in tempo di peste, cessano di esserlo sei mesi dopo il ristabilimento del commercio nel luogo in cui trovavasi il testatore ».

Giova intanto far osservare, che in tutti questi casi poteva farsi uso della forma del testamento olografo.

Finalmente eravi pei francesi che navigavano, una forma particolare di testamento, che per tale ragione era qualificato *testamento marittimo*. Esso fu introdotto coll' ordinanza del 1681 (*lib.* 3, *tit.* 11, *art.* 1, e 2.) Questo testamento poteva riceversi dallo scrivano del bastimento, in presenza di tre testimonj che doveano firmare col testatore; e quando il testatore non firmava, dovea farsi menzione del motivo per cui non avea firmato. Il testatore con sì fatto testamento potea disporre solo degli effetti che aveva seco in mare, e dei sala-

ri che gli erano dovuti; ed il testamento era valido soltanto nel caso che il testatore moriva in viaggio.

L' art. 24 del tit. 9, lib. 1. della stessa ordinanza della marina disponeva, che i testamenti ricevuti dal cancelliere, nella estensione del consolato, in presenza del console e di due testimonj, e da essi sottoscritti fossero riputati solenni.

SEZIONE III.

Della donazione a causa di morte, secondo i principj del diritto romano, e della legislazione francese.

(Antico carattere della donazione a causa di morte.)

La donazione a causa di morte nel diritto romano ha avuto un carattere particolare, che non può distinguersi senza matura riflessione, dappoichè secondo l'ultimo diritto romano, del pari che secondo la legislazione francese, e specialmente per le costumanze che l'aveano ammesso, cotesto distintivo quasi si perde; desso confondesi con quello del testamento, e si rende difficile distinguerne le picciole diversità.

Il testamento, come abbiamo già detto, era l'atto il più importante per le famiglie. Il suo oggetto non era soltanto di disporre della totalità di quel che lasciavasi dopo morte, ma benanche di tramandare alla posterità le volontà, e gli stessi pensieri del testatore sopra oggetti estranei all'asse ereditario: in una parola era una legge domestica. Per dargli tale impronta,

si divisò di circondarlo di forme che avean seco loro un carattere di solennità, e di grandezza. Taluna di coteste forme era stata eziandio comandata nei primi tempi dal sistema costituzionale e politico dei Romani.

La donazione tra vivi era un semplice atto di beneficenza, che operavasi colla tradizione; e la tradizione era una conseguenza naturale del diritto di proprietà.

La donazione a causa di morte fu la disposizione di un oggetto particolare, astrazione fatta dalle disposizioni che il donante avea idea di trasmettere ai suoi posterì.

Il testatore poteva disporre quando era in buona salute, e senza essere in quel momento agitato da idee di morte. Quegli il quale faceva una donazione a causa di morte, disponeva per l'opposto in contemplazione della morte, che forse talune circostanze in cui trovavasi gli faceano temere. Egli donava, ma facea ciò colla condizione che se campava dal periglio che lo minacciava, potea riprendere l'oggetto di cui disponeva. La donazione adunque era eventuale, e conseguentemente revocabile sino alla morte. Questo carattere di revocabilità la ravvicinava più al testamento, che alla donazione tra vivi: essa però non poteva confondersi col testamento, perchè non vi abbisognava, come in questo ultimo, la istituzione dell'erede, nè tante altre formalità intrinseche ed estrinseche; di tal che può dirsi che fluttuava fra la donazione tra vivi ed il testamento.

Così, un cittadino che si vedea in pericolo della vita, o che era perseguitato da implacabile nemico, o che intraprendeva un viaggio

pericoloso, faceva al suo amico o ad altra persona a lui cara, una donazione di tutti o di parte de' suoi beni (1). Bisogna pure riflettere, che sovente avea luogo la tradizione della cosa donata, che era necessaria l' accettazione del donatario, e che se il donante campava dal pericolo temuto, egli poteva domandare la restituzione della liberalità che avea avuto intenzione di fare (2).

Ecco adunque, rimontando alla origine della legislazione; il vero carattere della donazione a causa di morte, o fatta nel pensiero della morte. (*cogitatione mortis*).

Non era una donazione tra vivi, poichè questa si faceva nella idea di preferire il donatario alla persona del donante stesso, mentre che nella donazione a causa di morte il donante preferiva invero il donatario al suo erede; egli però preferiva se stesso al donatario.

Se però la donazione a causa di morte non era una donazione tra vivi, essa non era tampoco un testamento. Abbiain detto, che nella donazione a causa di morte era necessaria l' accettazione del donatario (3); che essa poteva farsi con tradizione, e che la sua revocazione produceva azione di restituzione. Or tutto

(1) Veggansi le leggi 1. fino alla 6. inclusive ff. de mortis causa donationibus.

(2) Leggi 38, 8, 13 §. 1 e 14, ff. eod.

(3) Sulla necessità di questa accettazione, secondo il diritto romano, può consultarsi Furgole, il quale ha divisato di stabilirla nelle sue Quistioni sulla materia delle donazioni, *quistione* 47; e Ricard des donations 1. par. cap. 2 n.º 24.

ciò era estraneo al testamento, il quale era essenzialmente la manifestazione della volontà di un moribondo intorno a quel che voleva che si facesse dopo la sua morte.

Per meglio marcare il vero carattere della donazione a causa di morte, i legislatori si sono due volte compiaciuti di citare per esempio la donazione fatta da Telemaco a Pireo, di cui parlasi nell' *Odissea* di Omero (1).

Menelao aveva ricolmato Telemaco di donativi. Pireo aveali conservati per Telemaco, e voleva consegnarglieli nel momento in cui questi andava a combattere gli amanti di Penelope. Allora Telemaco dirige al suo amico Pireo il seguente discorso.

» Amico l'avvenire è tuttora incerto. Se i
 » miei fieri nemici riescono col tradimento a
 » togliermi la vita, ed a dividersi tutti i tesori
 » che mi ha lasciato mio Padre, amo che
 » cotesti donativi si posseggano piuttosto da te,
 » che d'alcuno di quella gente inumana. Se
 » avrò la fortuna di trionfare, e di precipitarli
 » nella tomba, allora contento tu riporterai
 » cotesti doni al tuo amico soddisfatto. (*Odissea*,

(1) *Mortis causa donatio est, cum quis habere se mavult, quam eum cui donat, magisque eum cui donat, quam haeredem suum. Sic et apud Homerum Telemachus donat Piroeo. Leg. 1 ff. de mortis causa donationibus.*

Questa legge non cita il luogo delle opere di Omero, nè i versi, lo che fa supporre quanto allora fosse familiare la lettura di Omero. Si trova lo stesso paragone negl' Istituti di Giustiniano *tit. de donat.* §. 1; ma i versi di Omero vi sono riferiti testualmente, con una versione latina.

» canto 17 ver. 78. e seg. traduzione di Bi-
» taubè.)

(L'esposto carattere si cangiò insensibilmente.)

Ma il carattere primitivo della donazione a causa di morte insensibilmente disparve. Questa maniera di disporre era troppo comoda, e fu perciò estesa a tutti i casi. Dessa fu adoperata indistintamente qualunque fosse lo stato del donante ; e senza le circostanze di cui abbiamo parlato. Bastava dirsi che la donazione era fatta col pensiero della morte, senza di che la disposizione sarebbe stata una donazione tra vivi. Essa sarebbe stata egualmente una donazione tra vivi se , quantunque qualificata come donazione a causa di morte , si fosse detto che in niun caso potea rivocarsi (1).

Giustiniano nella legge 4 al Codice *de donat. causa mortis* , e nelle Istituzioni *tit. de donationibus* §. 1 finisce con assimilare la donazione a causa di morte alle disposizioni di ultima volontà. Si potea paragonarla al codicillo, poichè nell'una, e nell'altro non bisognava l'istituzione di erede , la quale poteva farsi soltanto col testamento ; e del pari che nel codicillo, vi bisognavano cinque testimonj (2) , numero che non era sufficiente pel testamento.

(1) Legge 27, ff. *de mortis causa donationibus*.

(2) Legge 4 al Codice *de donationibus causa mortis*.

(Affinità tra la donazione a causa di morte ed il testamento)

Per effetto di questa affinità tra la donazione a causa di morte e le disposizioni di ultima volontà, la donazione a causa di morte poteva aver luogo soltanto tra coloro i quali avevano la capacità di dare e di ricevere per testamento (1). Bisogna però eccettuarne i figli di famiglia, i quali sebbene non avessero il diritto di testare, potevano però donare tra vivi, ed a causa di morte, quando vi erano autorizzati dal loro padre (2); e questo consenso stesso non era necessario, allorchè la liberalità comprendeva il peculio castrense o quasi castrense, come abbiamo osservato per la donazione tra vivi.

La donazione a causa di morte non era soggetta alla insinuazione (3) e non mai dovette esserla, poichè fù sempre revocabile (4).

Dessa era sempre revocata di diritto per la premorienza del donatario (5).

Finalmente il donatario a causa di morte aveva al pari dell'erede il diritto, quando era vi luogo, di ritenere la quarta falcidia (6) di cui abbiamo già parlato nell' esporre la legislazione su i testamenti; diritto che non avea il donatario tra vivi (7).

(1) leg. 17 e 37 ff. *de mort. causa donat.*

(2) leg. 25 *ibidem.*

(3) leg. ultima, al cod. *de donat. mort. caus.*

(4) leg. 16 ff. *de mort. causa donat.*

(5) leg. 26, 29 e 30, *ibid.*

(6) leg. 2, al Codice; *de donat. caus. mort.*

(7) leg. 27 ff. *de mort. causa donat.*

(Della donazione a causa di morte , secondo la legislazione francese.)

Per ciò che riguarda la legislazione francese , la donazione a causa di morte era in uso ne' paesi di diritto scritto prima dell' ordinanza del 1735 , conformemente ai principj del diritto romano che abbiamo esposto.

La medesima però non era in uso in tutti i paesi di diritto consuetudinario. Molte costumanze serbavano silenzio intorno a tal donazione ; altre l' avevano espressamente esclusa ; e finalmente alcune altre, come quelle di *Angiò*, di *Maine*, e di *Alvergnà* l' avevano ammessa. La donazione a causa di morte era in uso in queste ultime costumanze secondo le forme de' testamenti , le quali erano infinitamente più semplici di quelle prescritte dalle leggi romane per questi medesimi atti.

L' ordinanza del 1731 , articolo 3 , portò un cangiamento su questa materia » Tutte le » donazioni a causa di morte (dicesi in essa) » ad eccezione di quelle che si faranno per » contratto di matrimonio , non potranno da » ora innanzi avere alcun effetto , anche nei » paesi in cui sieno espressamente autorizzate » dalle leggi o dalle costumanze , se non quando saranno fatte nella medesima forma dei » testamenti o dei codicilli ; in modo che » per l' avvenire vi saranno nei nostri stati » due sole forme di disporre de' proprj beni a » titolo gratuito ; cioè la donazione tra vivi , » ed i testamenti o codicilli. »

Con ciò non rimase abolita la donazione a
Grenier Vol. I.

causa di morte. Dessa non solo fu ammessa , in conseguenza della medesima legge , nei contratti di matrimonio , poichè l'interesse della società richiedea che tali atti fossero suscettibili di ogni specie di disposizione non contraria nè all'ordine publico , nè ai buoni costumi ; ma benanche si potette fare una donazione a causa di morte con atto particolare , purchè fosse rivestito della forma che usavasi , sia pel testamento , sia pel codicillo , nel paese ove l'atto si formava. Si opinò generalmente che la restrizione stabilita coll'ordinanza raggiravasi non sulla sostanza degli atti , ma sulle formalità ; ovvero , lo che torn'allo stesso , sembrò che quella legge, lasciando sussistere la donazione a causa di morte , ne fissasse solamente le forme esterne. Quindi non vi fu più bisogno di accettazione.

L'aver lasciata sussistere la donazione a causa di morte sotto le forme del testamento o del codicillo , o l'averla interamente soppressa non facea gran diversità nei paesi di costumanza , ove la donazione a causa di morte era quasi simile, in quanto agli effetti al testamento od al codicillo.

Tal diversità però fu più sensibile nei paesi di diritto scritto. Primieramente le formalità intrinseche del testamento , cioè la necessità dell'istituzione dell'erede che n'era il fondamento ; l'obbligo d'istituire eredi i figli , o di eseredarli , come spiegheremo in appresso quando parleremo della legittima ; queste formalità , dico , non erano necessarie nelle donazioni a causa di morte. In secondo luogo negli stessi paesi di diritto scritto , i figli di famiglia non

potevano far testamento, nemmeno col consenso del padre; ma essi potevano, col di lui consenso, fare una donazione a causa di morte. Ad oggetto adunque di lasciar loro questo mezzo, la legge si contentò di stabilire la identità di forme per la donazione a causa di morte, pel testamento, e pel codicillo, ma non giunse ad abolirla.

Questa riflessione prova quanto era difficile di stabilire una regola generale in mezzo ad usi differenti, che si credea dover rispettare; e come la nostra legislazione si rendea più complicata con quegli stessi rimedj coi quali si voleva renderla più semplice.

SEZIONE IV.

Delle Sostituzioni, del Fedecompresso, e del diritto di scegliere, secondo i principj del diritto romano, e della legislazione francese.

(Diverse specie di sostituzioni.)

La legislazione romana fu prodigiosamente aumentata colla introduzione delle sostituzioni.

Ve ne furono di varie specie: non di meno possono ridursi a tre; la sostituzione *diretta* o *volgare*, la sostituzione *pupillare*, e la sostituzione *fedecommissaria*.

Oltre a queste si sono in diritto usate delle sostituzioni sotto altre denominazioni, come le sostituzioni *compendiose*, *breviloque* ec. ma queste distinzioni scolastiche nacquerò unicamente dalla diversità dei termini coi quali le sostituzioni erano concepite. Desse poteano in-

cludersi nell' una o nell' altra delle specie testè enunciate. Talvolta partecipavano di varie specie , perchè la stessa disposizione conteneva diverse sorte di sostituzioni.

La sostituzione diretta o volgare fu , propriamente parlando , la istituzione di uno , o di molti eredi successivamente , nel caso in cui quello che era stato istituito erede direttamente non volesse , o non potesse essere erede. Trovasi nella legge i § 1 ff. *de vulgari et pupillari substitutione* l' esempio di questa sostituzione ne' seguenti termini : *Lucius Titius haeres esto : si mihi Lucius Titius non erit , tunc Sejus haeres meus esto.*

(Origine di tale sostituzione.)

Questo modo di disporre , del pari che tutte le altre disposizioni testamentarie , avea origine dalla legge delle XII Tavole , che dava una libertà indiffinita di disporre. Esso fu introdotto per assicurare la sorte dei testamenti , particolarmente ne' tempi delle proscrizioni , che potevano impedire a qualcuno , il quale fosse egli solo l' erede istituito , di raccogliere la eredità. Desso fu benanche usato nei tempi delle leggi *Papie* fatte sotto Augusto, le quali dichiararono, alcuni cittadini incapac' in certi casi di profittare delle disposizioni testamentarie. Si volle con ciò , che , in caso di caducità delle disposizioni in favore dell' erede istituito , queste cedessero a profitto del secondo erede chiamato , a fine di escluderne il fisco.

Così nell' esempio che abbiamo riferito della legge romana , se *Tizio* accettava la suc-

cessione, la istituzione di *Sejo* era riputata come non scritta. Egli non avrebbe avuto diritto alcuno, anche quando *Tizio* fosse morto poche ore dopo del testatore.

Se al contrario *Tizio* moriva prima del testatore, o se rinunziava la di lui successione, o se in qualsivoglia altro modo non poteva essere erede, *Sejo* diventava il vero erede; ed in tal caso non ripeteva il suo diritto da *Tizio*, ma direttamente dal testatore.

Ciò che abbiamo detto avea luogo qualunque fosse il numero de' chiamati successivamente: il diritto si ripeteva dal testatore semprechè niuno degli eredi o legatarj era incaricato di restituire all' altro la successione, od il legato. Dico *il legato*, poichè potea sostituirsi per un legato nel modo istesso che per una successione.

(Della sostituzione *pupillare*.)

La sostituzione *pupillare* avea luogo, allorchè il padre il quale avea il figlio sotto la sua potestà lo istituiva suo erede, e nel tempo stesso sostituiva un' altra persona per succedere al figlio, nel caso che questi morisse pria che potesse testare, cioè pria che fosse giunto alla pubertà. Questo testamento era ad un tempo del padre e del figlio. Tale sostituzione, sebbene *pupillare*, poteva pure in qualche punto essere considerata come *fedecommissaria*.

Tal sostituzione avea origine dalla autorità quasi illimitata, che la legge delle dodici

ci Tavole avea accordata al padre di famiglia su i figli i quali erano sotto la sua potestà.

(Della sostituzione *esemplare*)

Ad esempio di detta sostituzione, se ne introdusse altra, la quale consisteva in sostituire un erede al figlio demente. Cotesta sostituzione, a motivo della imitazione, fu detta *esemplare*.

(Della Sostituzione *fedecommissaria*.)

Ma la sostituzione più importante, quella che al pari delle altre era passata nella legislazione francese, e la quale ha suscitato tanti litigj, ed ha dato occasione a tanti volumi, era quella con cui il testatore incaricava il suo erede o legatario di passare l'eredità o il legato ad un altro; questi era incaricato di trasmetterlo ad un terzo; quest'ultimo ad un quarto ec. Gli oggetti dovevano essere consegnati tra un tempo determinato, o dopo la morte di ciascuno de' chiamati.

Questa sostituzione traeva origine dal *fedecompresso*. Nel diritto romano se ne parla principalmente sotto al titolo *de fideicommissariis haereditatibus*, e sotto altri titoli del diritto che han rapporto al fedecompresso, come quello *ad senatusconsultum trebellianum*. Può anche dirsi che principalmente nella legislazione francese questa specie di disposizione ha ricevuto il nome di *sostituzione* coll'aggiunta di *fedecommissaria*.

Anticamente, e prima di Cesare Augusto,

facevansi molti fedecommissi colla idea di eludere le leggi, che vietavano d' istituire eredi talune persone; e particolarmente la legge *Viconia* che annullava le istituzioni fatte in favore delle donne, e che fu abolita molto dopo.

Apparentemente si disponeva della successione in favore di una persona capace di ricevere, e si conveniva, che questa la trasmettesse a colui il quale doveva essere gratificato secondo la intenzione del testatore, ma che non poteva esserlo apertamente.

Questo metodo degenerò in abuso. Coloro che, osservando rigorosamente la legge, si astenevano dal restituire, erano accusati d' immoralità; quei che non la osservavano, e che deferivano alle intenzioni del testatore, mostravano essere cattivi cittadini. Montesquieu (1) su questo proposito dice che *la probità faceva, per così dire, la guerra alla probità.*

Questo primo esempio suscitò l'idea d' istituire un erede, e d' invitarlo a restituire la successione, anche a persone contro cui le leggi non pronunziavano incapacità. Così un cittadino, volendo lasciare i suoi beni ad un minore, e diffidando della condotta di colui sotto la di cui tutela presumevasi che il minore dovesse stare, nominava per erede un altro individuo, incaricandolo di restituire la successione al minore, quando questi diventasse pubere o maggiore.

Dipendeva dalla volontà dell' erede nominato di eseguire o non eseguire la intenzione

(1) *Esprit des lois* lib. 17 cap. unic.

del testatore : egli poteva a suo piacimento tenere , o restituire la successione. Questa idea è attaccata alla parola stessa *fedecompresso* : (*Fidei tuae committo , peto , rogo* ec.); tali erano i termini che i testatori adoperavano , quando desideravano , che si restituisse.

Alcuni esempj di mala fede eccitarono l'attenzione dei cittadini. Augusto fu il primo , che stabilì una legislazione su questa materia , il di cui risultamento fu , che i fedecompressi , serbando la stessa denominazione , divenissero obbligatorj , mentre in principio erano volontarj. La legge però non ammise il fedecompresso fraudolento , cioè quello che consisteva nel far pervenire indirettamente una eredità o un legato ad una persona che ne fosse stata dichiarata incapace.

L'uso del fedecompresso divenne frequente. S'immaginò d'incaricare l'erede gravato di sostituzione , di restituire soltanto dopo la sua morte. I cittadini si servirono di questo modo di disporre ad oggetto di perpetuare i beni nelle famiglie , e sotto questo punto di veduta le leggi lo han chiamato fedecompresso di famiglia (*fidei commissum familiae*.) I divieti di alienare , che prima erano raccomandazioni spesso inutili , riceverono la loro esecuzione , e si giunse alle sostituzioni graduali , e perpetue , obbligando i gravati di sostituzione , o i fedecompressarj compresi nella disposizione , di restituire successivamente. E non vi furono su di ciò altre limitazioni , eccetto quelle stabilite dalla volontà del disponente.

Sembra nondimeno secondo la Novella 159 di Giustiniano , cap. 2 , che queste sostituzioni

per l'avvenire non dovessero estendersi al di là del quarto grado. Ma non si è d'accordo intorno al vero senso di questa Novella, nella quale molti critici scorgono una oscurità affettata, che imputano a Triboniano, il quale voleva favorire interessi particolari: perciò non fu essa osservata in tutti i paesi che si governavano col diritto romano. In tale sostituzione, colui il quale era chiamato a raccoglierla, ne riceveva il possesso dalla mano di colui che era gravato di restituire; ma la proprietà gli veniva direttamente dal testatore, come nella sostituzione volgare.

(Della quarta trebellianica.)

Per assicurare l'effetto dei fedecommissi autorizzati dalla legislazione, si accordò all'erede gravato del fedecommissso la facoltà di ritenere il quarto dei beni; e ciò ad esempio e per le medesime ragioni della *falcidia* nelle disposizioni dirette. Gli eredi fedecommissarij però non ebbero questa facoltà. Ciò fu ordinato con un senato consulto emesso sotto l'imperadore Vespasiano, che fu chiamato *senato consulto pegasiano*, dal nome del console che lo avea provocato.

Siccome però precedentemente, nell'anno 814 dalla fondazione di Roma, crasi emanato un senato consulto su la stessa materia, sotto al nome di *senato consulto trebelliano*, denominazione che pure era provenuta da altro console che l'avea proposto, così Giustiniano, nelle Istituzioni, confuse questi due senato consulti in un solo, sotto la denominazione di *Trebelliano*.

Fu perciò che il quarto, la cui deduzione fu accordata all'erede gravato del fedecommesso, si designò nel diritto, del pari che nell'ordinanza del 1736, sotto al nome di *quarta trebellianica*; che avea molta affinità colla *quarta falcidia*.

Ma per una strana contraddizione, simile a quella che abbiamo osservata nel parlare della quarta falcidia, Giustiniano, colla novella 1., cap. 2, permise al testatore di privare l'erede gravato di restituzione del diritto di ritenersi la quarta trebellianica (1).

(Della facoltà di scegliere.)

La legislazione intorno alle sostituzioni ed ai fedecommessi dette luogo alla facoltà di scegliere tra più individui, accordata dal testatore all'erede che dovea trasmettere il prodotto della disposizione. Molti esempj s'incontrano nel diritto romano, e soprattutto nei libri 30, 31, e 32 del Digesto. La legge 67 del lib. 32 ne riporta un esempio in questi termini.-- *Rogo fundum, cum morieris, restituas ex libertis cui voles*. Era questa una vera sostituzione fedecommessaria. Tal modo di disporre dette luogo anche a molte difficoltà, su cui leggonsi parecchie decisioni nei citati libri del Digesto.

(1) Su quanto abbiamo detto relativamente al fedecommesso ed alle sostituzioni può riscontrarsi il titolo del Digesto ad *Sen. consul. trebell.*; i titoli 23, 24 e 25 del 2 lib. delle Istituzioni; ciò che è stato detto su questi titoli da Eincio; Ricard (delle sostituzioni, part. prim., tratt. 3, cap. pr.); e la prefazione dell'ordinanza del 1747, relativa alle sostituzioni.

(Queste disposizioni erano contrarie alla purità dei principj del diritto,)

Il diritto di scegliere, ed il fedecompresso da cui quello trae origine, erano egualmente contrarj alla purità degli antichi principj circa le disposizioni che non riconoscevano altre persone per raccogliere le liberalità, se non quelle che erano indicate dal testatore istesso, e che non permettevano di far dipendere dall'altrui volontà l'effetto della disposizione. Su questo proposito è interessante la legge 32, ff. *de haereditibus instituendis*. » *Illa institutio, quos Titius voluerit, ideo vitiosa est, quod alieno arbitrio permissa est; nam satis constanter veteres decreverunt, testamentorum jura ipsa per se firma esse oportere, non ex alieno arbitrio pendere* ».

(Della legislazione francese sulle sostituzioni, e sulla facoltà di scegliere.)

Dopo il testè detto sulle sostituzioni, sul fedecompresso, e sulla facoltà di scegliere secondo i principj del diritto romano, ci rimane pochissimo a dire su lo stesso oggetto in rapporto alla legislazione francese.

Tutte le sostituzioni di cui abbiamo parlato furono ammesse in Francia, ma con diverse modificazioni, le quali erano relative alla differenza che passava tra le disposizioni delle costumanze, e quelle del diritto romano.

Le sostituzioni fedecommissarie erano generalmente ammesse nei paesi di diritto

scritto e di costumanza, per le donazioni tra vivi, per le istituzioni contrattuali, e per altre disposizioni fatte in contratto di matrimonio.

Nei paesi di diritto scritto esse erano ammesse per testamento; ma non lo erano generalmente sotto questa forma nei paesi di costumanza, perchè un gran numero di queste aveva escluso le sostituzioni testamentarie; lo che nasceva dalla grande limitazione che esse aveano stabilita contro la libertà di disporre per testamento. D'altronde, avendo molte costumanze proibita la istituzione di erede per testamento, ne veniva in conseguenza, che non vi si conoscesse la sostituzione fatta anche per testamento, la quale in se stessa era una istituzione indiretta ed obliqua.

La sostituzione diretta o volgare non poteva farsi se non con testamento, tanto nei paesi di diritto scritto, quanto negli altri di costumanza. Essa non poteva farsi con donazione tra vivi, poichè in questa disposizione non poteva essere incerta la persona che dovea raccogliere il beneficio; la irrevocabilità era di essenza, ed era necessaria l'accettazione.

Quanto alle sostituzioni pupillare ed esemplare, queste erano in uso principalmente nei paesi di diritto scritto, e facevansi con testamento. Abbiamo osservato che desse dipendevano dalla patria potestà, la quale avea più energia in questi paesi che in quei di costumanza.

Le sostituzioni ed i fedecommessi si organizzarono in Francia principalmente coll'ordinanza del mese di agosto 1747. Questa legge coll'art. 30, tit. 1. dispose conforme all'art. 59 dell'ordinanza di Orleans, che tutte le so-

stituzioni fatte, sia con contratto di matrimonio, o con altro atto tra vivi, sia con disposizione a causa di morte, non potessero estendersi al di là di due gradi di sostituiti, oltre il donatario, l'erede istituito o il legatario, o altri che il primo avesse raccolto i beni dal donante o dal testatore.

Quanto alla facoltà di scegliere, questa fu ammessa e frequentemente usata in tutta la Francia; principalmente nelle disposizioni di quello dei coniugi che premoriva, in favore del coniuge superstite. Il testatore accordava a quest'ultimo il diritto di scegliere tra i figli, come un nuovo mezzo di attirargli da parte di costoro ubbidienza e rispetto maggiore.

Si stipulava il diritto di scegliere in due modi: o gravando l'erede istituito o il legatario di restituire l'eredità o il legato a quello, tra molti individui indicati, che l'erede, o il legatario scegliesse; ed in tal caso era una vera sostituzione fedecommissaria, sottoposta all'opzione dell'erede o del legatario gravato di restituire. Ovvero si istituiva tra molti individui indicati, quello che fosse scelto da un terzo. In quest'ultimo caso non eravi sostituzione, ma una istituzione diretta a vantaggio di colui che si sarebbe scelto. Questo secondo modo erasi imaginato nelle costumanze in cui, non potendo aver luogo la sostituzione fedecommissaria per testamento, non si sarebbe potuto adoperare il primo modo.

Si procurò di spianare le difficoltà intorno al diritto di scegliere, cogli art. 62 e seguenti dell'ordinanza del 1735. Mancava però ancora molto per estinguere le sorgenti di contestazioni su questa materia.

(Riflessioni intorno allo scopo delle sostituzioni, ed a ciò che ne rimane nel Codice civile.)

Fu questa l'origine, ed il progresso delle sostituzioni fedecommissarie. La loro sorgente, come si è ravvisato, non era pura; e la legislazione francese che la consacrò, colla intenzione di mantenere lo splendore di certe famiglie, divenne infinitamente abusiva. Era tale sotto il rapporto delle liti rovinose cui quelle famiglie erano quasi sempre esposte; delle frodi di cui moltissimi cittadini, ignari di simili sostituzioni, divenivano le vittime nel contrarre coi gravati; ed ancora sotto al rapporto dell'interesse pubblico, in quanto che grandi masse di beni erano tolte dalla circolazione, ed i gravati della sostituzione ne trascuravano la coltura, ed il miglioramento. Queste specie di disposizioni furono quindi abolite colla legge del 14 novembre 1792, che è stata confermata nel Codice civile.

Nondimeno nel cap. 6 *del titolo delle donazioni e de' testamenti* del detto Codice si è conservata una facoltà di donare col peso di restituire. Ma sebbene siavi qualche rapporto tra questo modo di disporre e le antiche sostituzioni, e quantunque possa ravvisarvisi una imitazione della legislazione romana, e di parecchi articoli dell'ordinanza del 1747, in quanto alla esecuzione della disposizione fatta col peso di restituire; pur tutta volta è indubitato che tanto per la purità dei motivi, quanto per gli effetti subordinati ai pochi casi in cui questa specie di disposizione può usarsi, non è più

una sostituzione nel senso in cui intendevasi altra volta. La novella legislazione su tal materia fa scomparire gli abusi dell'antica, mentre conserva i vantaggi che questa poteva avere.

SEZIONE V.

Della istituzione contrattuale.

(Carattere della istituzione contrattuale.)

La istituzione contrattuale era un modo di disporre ammesso in tutta la Francia, in epoca che è impossibile determinare.

Questa era un *patto di succedere*, una *convenienza* (cioè una convenzione) di *succedere*, come si esprimono le costumanze. L'erede contrattuale era un *erede convenzionale*. Queste parole si adoperavano per distinguerlo dall'erede nominato con testamento, il quale non era nè patto nè convenzione, e non produceva gli effetti di questi, poichè poteva rivocarsi in ogni tempo.

Tal modo di disporre era interamente opposto ai principj del diritto romano, il quale riguardava come contrario alla libertà tutto ciò che tendeva a privare della facoltà di disporre in morte. I Romani temeano ancora che quegli a cui si fosse irrevocabilmente assicurato il diritto di succedere, potesse fare attentato ai giorni del suo benefattore, per affrettare il godimento del beneficio. Un esempio di cotesto timore risulta da talune leggi (1). Qualche autore, che ha

(1) Veggasi la legge 30 al Codice *de pactis*.

trattato delle istituzioni contrattuali ha pure fatto osservare ciò.

Anche la legge *pactum quod dotali*, del Codice *de pactis*, dichiara nulla una stipulazione fatta per contratto di matrimonio, colla quale si assicurava ad una figliuola una porzione eguale a quella dei fratelli nella futura successione del padre. La legge 5, anche al Codice, *de pactis conventis*, annulla una clausola di un contratto di matrimonio per effetto della quale il marito dovea succedere alla moglie. Per la stessa ragione le rinunzie delle figlie alle future successioni, che un tempo furono tanto usitate in Francia, non erano affatto conosciute presso i Romani.

Vi fu un tempo in cui, trovandosi in troppa contraddizione coi costumi dei francesi le antiche usanze dei Romani intorno alla disposizione dei beni, si accordò in Francia il maggior favore alle istituzioni contrattuali, ossia *convenzioni di succedere*. Si credette che sarebbe stato contrario alla decenza ed ai buoni costumi, il mercanteggiare sulle successioni future con convenzioni particolari ed isolate; ma si avvertì pure che permettendo coteste convenzioni solo nei contratti di matrimonio, ed in favore dei conjugi; tollerando in essi disposizioni diverse dalle donazioni tra vivi alle quali non tutti inclinavano facilmente, perchè esse spogliavano all'istante i donanti; e finalmente determinando un mezzo onde assicurare una successione, in modo però che il disponente avesse la facoltà di alienare, permutare, ed ipotecare senza frode; si avvertì, dico, che si facilitavano in tal modo i matrimonj: lo che potea essere sommamente utile alla società.

Perciò in Francia si tenne per principio, che i contratti di matrimonio erano suscettibili di qualunque convenzione che non offendesse i costumi, e che non fosse contraria alle leggi concernenti l'ordine pubblico. Questa dottrina si accreditò quasi in tutti gli stati di Europa.

(Della origine delle istituzioni contrattuali.)

Sono riusciti infruttuosi gli sforzi che han fatto molti scrittori onde scoprire l'origine, ed indicare la sorgente delle istituzioni contrattuali.

Ricard (1) e Lebrun (2) dicono soltanto che ha potuto prendersene esempio dalla Novella 19 dell'imperadore Leone, con cui questi derogando ai principj del diritto romano, volle che quando nel maritare il figlio o la figlia erasi promesso di conservargli una porzione eguale a quella degli altri figli, non fosse permesso pregiudicare a questa convenzione.

Essi aggiungono che abbia potuto anche prendersene l'idea dagli usi dei feudi che osservavansi in Lombardia, secondo i quali, quegli che passava a seconde nozze, e faceva un matrimonio meno vantaggioso del primo, poteva stipulare, che la seconda moglie ed i di lei figli avessero diritto soltanto ad una certa somma di denaro (3).

De Laurière (4) a queste due origini ag-

(1) *Des donations* part. 1, cap. 4, sez. 2, dist. 2.

(2) *Des successions* lib. 3, cap. 2.

(3) Ciò rilevasi nel libro dei feudi in fine del corpo del diritto lib. 2, tit. 29.

(4) *Traité des institutions et des substitutions contractuelles*.

giugne la terza, ch'egli attigne dalla legge 19 al Codice *de pactis*. Secondo questa legge, i patti di succedere reciprocamente tra soldati doveano essere eseguiti a similitudine dei testamenti, se dessi vi aveano perseverato sino alla morte. L' autore assimila questi patti di succedere alle istituzioni contrattuali, e dice, che i nobili dovettero appropriarsi esclusivamente i privilegi stabiliti dal diritto romano in favore dei militari: sia però questa l' origine, sia l' altra attinta dagli usi dei feudi di Lombardia, egli ne deduce, che in principio le istituzioni contrattuali furono introdotte in favore dei nobili, e che in progresso di tempo esse furono permesse ad ogni sorta di persona indistintamente.

Tutte queste congetture però, non sono affatto soddisfacenti.

Quanto alla Novella 19 dell' Imperadore Leone, non si comprende come questa abbia potuto essere la sorgente delle istituzioni contrattuali. Le novelle di questo imperadore, fatte verso l' anno 890, al dire di Giacomo Gotofredo, non furono quasi mai osservate, nè riguardate come leggi nell' Oriente, e furono conosciute in Occidente per mezzo della traduzione latina fattane da *Agileo* nel decimosesto secolo, tempo in cui le istituzioni contrattuali trovavansi già introdotte da molto tempo prima, secondo che disponeano le costumanze. De Laurière fa la stessa osservazione seguendo le tracce dello stesso Giacomo Gotofredo, e del dotto Cujacio.

È anche più difficile di ammettere l' opinione che le istituzioni contrattuali sieno state attinte dagli usi dei feudi di Lombardia. Quel

che in detti usi si dice su di ciò ha potuto dar l'idea della differenza dei diritti dei figli nati da un secondo matrimonio contratto tra persone di condizioni disuguali; differenza che è stata osservata in Alemagna, e che secondo alcuni scrittori lo era non ha guari; ma quest'uso è assolutamente estraneo alle istituzioni contrattuali.

L'origine che si vuol trarre dalla legge 19 del Codice *de pactis*, incontra maggiori difficoltà; perciocchè se fosse vera, le istituzioni contrattuali sarebbero state ammesse in ogni tempo, almeno tra nobili, in tutti i paesi di diritto scritto in cui seguivasi il diritto romano: tutti gli scrittori però convengono che questo modo di disporre sia stato sempre riguardato come contrario al diritto romano, e che sia stato introdotto nei paesi di costumanza, dai quali è poi passato nei paesi di diritto scritto.

Quel che proverebbe anche la verità di questo fatto, è la disposizione locale della *Chaise-Dieu*, città dell'*Alvergna*, che ora è nel dipartimento dell'*Alta-Loira*. Questa città che apparteneva in feudo alla celebre badia dello stesso nome, era, al pari di tutti gli altri luoghi della stessa provincia di cui gli ecclesiastici erano i feudatarj, governata col diritto scritto: ecco quel che fu inserito nella sua costumanza locale, nel 1510 nell'atto della redazione della costumanza generale della provincia, la quale riguardava i paesi di costumanza in essa compresi. » Nella città della *Chaise-Dieu*, » sebbene si governasse col diritto scritto, è » invalso l'uso che le *convenienze di succedere* » ed altre, apposte nei contratti di matrimonio e di associazioni sieno valide ». Questo mo-

do di esprimersi annunzia precisamente che il diritto scritto, ossia il diritto romano, non riconosceva le istituzioni contrattuali, e che desse erano ammesse nei paesi di diritto scritto ad imitazione dell'antico uso dei paesi di costumanza della stessa provincia, in cui erano in pratica.

L'applicazione della legge 29, del Codice, *de pactis*, ha dovuto dunque essere limitata a talune stipulazioni che si trovavano nelle disposizioni di ultima volontà dei militari, lo che è assolutamente estraneo alle istituzioni contrattuali.

Quel che può dirsi con più ragione sulla origine di tali istituzioni è, che desse discendono da antichi usi francesi, e che le medesime in prima furono praticate nelle famiglie nobili.

In fatto di forme di disporre non riconosciute dal diritto romano, quando se ne voglia rinvenire la sorgente, si troverà, (se non con tutta evidenza, la quale non sempre può ottenersi trattandosi di antichi usi, almeno con molta probabilità), che tai differenti modi s'inventarono dalle famiglie nobili, e che dopo qualche tempo passarono in tutte le famiglie indistintamente. Anzi parecchi di cotesti modi si son mantenuti sino alla rivoluzione, con quel privilegio esclusivo.

Ad esempio della indivisibilità della corona, principio consacrato come legge dello stato al cominciamento della terza razza, e che fu applicato ai grandi feudi, i proprietarj dei suffeudi conservarono questa pretensione.

Di qua ebbe origine l'uso delle sostituzio-

ni contrattuali, le quali erano delle istituzioni con fedecommissso. Non può rinvocarsi in dubbio che tali sostituzioni originariamente furono in uso presso i nobili. Coll'ordinanza del 1629, di cui fu autore il guarda-suggelli *Marillac*, si tentò di rinnovare in favore dei nobili l'uso esclusivo delle sostituzioni contrattuali, che già era caduto in desuetudine; poichè l'ordinanza di Orleans, articolo 69, aveali ammessi indistintamente: e quantunque la detta ordinanza del 1629 non fosse stata, almeno generalmente, osservata, perchè non fu da per tutto liberamente registrata, ciò non impedì al cancelliere d' *Aguesseau* di far abrogare l'enunciata disposizione dell'ordinanza del 1629, coll' altra del 1747, art. 12. In quest' ultima, dopo essersi consacrato il principio della irrevocabilità delle istituzioni, e delle sostituzioni contrattuali, si aggiunse (*soit entre nobles, soit entre retourniers,) sia tra nobili, sia tra ignobili.* Nel soggetto caso la esclusione di una distinzione ne dimostra la esistenza precedente.

È pur vero, che coteste espressioni, *sia tra nobili, sia tra ignobili* han dovuto principalmente riferirsi alle sostituzioni contrattuali, come si rileva dalla risposta data su questo articolo al cancelliere d' *Aguesseau* dal parlamento di Tolosa (1): ma non si può disconvenire che le istituzioni contrattuali abbiano la origine stessa delle sostituzioni contrattuali.

(1) Veggasi la raccolta delle quistioni di giurisprudenza proposte dal cancelliere d' *Aguesseau* a tutti i Parlamenti di Francia, concernenti le donazioni, e le sostituzioni, colle risposte del Parlamento di Tolosa; quistioni 3 e 4, sulle sostituzioni, pag. 262 e 263.

Anche molti autori antichi, citati da Laurière, e particolarmente il Bret, son di accordo nel dire, che originariamente le istituzioni contrattuali erano in uso soltanto nelle famiglie nobili. In sostegno di tale asserzione citeremo un atto, che sembra non abbiano i detti autori conosciuto, o che almeno non indicano. In esso si espone il fatto che asseriscono ed i suoi motivi.

È questo il contratto di matrimonio stipulato il 26 maggio 1425, nella provincia di *Alvergne*, (che al dire degli scrittori è una di quelle provincie, ove l' ammissione dell' istituzione contrattuale conta un' epoca più remota), tra *Bianca Delfina*, figlia di *Beraud* seconda del casato *Delfino* di *Alvergne*, e *Giovanni de Lespinasse*. Ella rinunciò in età di quindici anni, col consiglio dei di lei genitori, la successione del di lei padre, e si disse che ciò facevasi » *avuto riguardo ai privilegj dei baroni, e dei nobili delle grandi famiglie di Alvergne, e particolarmente della casa del Delfino, da cui discendevano il nominato Beraud, ed i suoi predecessori; i quali, per la conservazione del loro nome ed armi, della grandezza della loro casa e del loro stato, e per le spese che fanno, onde servire bene armati, e con buon seguito, in difesa del regno, e della causa pubblica, hanno costume di istituire loro erede universale il figlio primogenito »* (1).

- (1) Eccone il testo francese — *En regard aux privileges des barons et nobles des grands hosteaux d' Auvergne, particulièrement de l' hôtel du dauphin, au quel*

Vi è adunque qualche affinità tra le istituzioni contrattuali e le *riconoscenze e dichiarazioni di eredi primogeniti ed eredi principali*, stabilite in alcune costumanze, come sono quelle di *Angiò*, di *Torena*, del *Manese*, e del *Lodonese*: anzi alcune di queste, come sarebbero quelle di *Angiò*, art. 245; e del *Manese*, art. 262, ammettevano tali disposizioni soltanto per l'uomo o per la *donna nobile*, che maritasse uno dei suoi figli. Ora il diritto di primogenitura è incontrastabilmente nato dalla feudalità (1).

Finalmente sembra, giusta quel che ne dicono gli autori i quali han parlato storicamente delle istituzioni contrattuali, che desse comincia-

le dit Beraud et ses prédécesseurs étoient issus, les quels, pour la conservation de leur nom et armes, grandeur de leur hôtel et état, et les frais qu' ils font pour servir, bien armés et accompagnés, a la tuition du royaume et de la chose publique, ONT COUTUME D' INSTITUER LEURS FILS AÎNÉ LEUR HERITIER UNIVERSEL. Veggasi Baluse, *Storia della casa d' Alvergnà*, vol. 2, pag. 457.

Bisogna intanto convenire che all' epoca stessa del 1425 le istituzioni contrattuali erano generalmente, ed indistintamente in uso. Ciò risulta da quanto ne dice Mazuer, antico espositore delle costumanze di Alvergnà, scrittore contemporaneo il quale morì in Riom sua patria nel 1450, (*Practica forensis*, tit. 33 *de successionibus*, n. 6, e 57.) Non pertanto, ciò non toglie che l'atto da noi riportato non debba considerarsi come contenente la traccia dell'origine delle istituzioni contrattuali.

(1) Intorno a coteste *dichiarazioni di primogeniti*, ed a ciò che vi ha dato occasione, può riscontrarsi de Laurière cap. I n. 3o e seg. Eravi non pertanto notevole differenza tra queste *dichiarazioni di primogenitura*, e le *istituzioni contrattuali*. Le prime impedivano che il padre, e la madre vendessero; lo che non si verificava nelle seconde.

rono ad usarsi dai genitori in favore dei loro figli, e che per imitazione e per lo stesso motivo di utilità, furono permesse poi in favore dei collaterali, e degli estranei.

Giova anche far osservare, che in certe costumanze, e particolarmente in quella di *Alvergnà*, la istituzione contrattuale poteva stipularsi non solo pel contratto di matrimonio, ma benanche per la società universale di tutti i beni (1).

(Principj che regolavano le istituzioni contrattuali.)

Non si ha notizia di alcuna legge generale che abbia organizzate le istituzioni contrattuali. Mazuer, la cui opera, testè citata nelle note, è riguardata come un monumento prezioso per conoscere gli antichi usi, è il più antico scrittore che abbia esposto le regole di tale specie di disposizione; e quanto egli ha scritto si è poi inserito nelle costumanze di *Alvergnà*, del *Borbone*, e della *Marca*, le quali sono sovente citate dagli scrittori, come quelle che costituiscono il diritto comune su tal materia (2).

L' art. 13 dell' ordinanza del 1747, concernente le sostituzioni, dice semplicemente, che conforme a quanto erasi ordinato coll' art. 11 intorno alle sostituzioni contrattuali, le clausole non potevano cangiarsi con atti susseguen-

(1) Mazuer, *Practica forensis*, tit. 29 de societate n. 5, e tit. 14 della costumanza di *Alvergnà*, nella quale, allorchè nel 1510 fu redatta, si adottarono tutti gli usi che, secondo lo stesso Mazuer, eransi osservati.

(2) Veggasi de Laurière, Ricard, e Lebrun nei luoghi citati.

ti, e che desse erano irrevocabili. » Vogliamo, » (dicesi nell'art. 12) che le dette istituzioni, » come pure le sostituzioni che vi saranno apposte sieno irrevocabili, tanto tra nobili, » quanto tra ignobili, in tutti i paesi in cui sono in uso ». Questa non era una nuova legislazione, ma la conferma di un diritto ricevuto, il quale avea forse incontrato delle difficoltà in alcuni luoghi della Francia.

Esporremo qui in succinto i principj generali, che regolarono le istituzioni contrattuali, e che furono confermati da una costante giurisprudenza.

1.º Dessa avea alcuni particolari caratteri, che non permettevano assimilarli ad'alcuno degli altri modi di disporre. Assicurava all'erede contrattuale il diritto ed il carattere dell'erede del sangue: al pari di quest'ultimo, egli era investito di pieno diritto della successione secondo la regola sì spesso ripetuta in diritto, e che probabilmente lo sarà ancora per lungo tempo, *il morto mette in possesso il vivo*. L'istituente poteva vendere, permutare od ipotecare i suoi beni senza frode; ma non poteva disporre a titolo gratuito in pregiudizio dell'erede contrattuale; salvo qualche legato tenue, che avea la facoltà di fare, e su cui le costumanze erano varie. Se però egli aveasi fatto delle riserve, la facoltà di disporre era assolutamente limitata alle medesime.

L'istituzione contrattuale non era nè donazione tra vivi, nè donazione a causa di morte.

Non era donazione tra vivi, perciocchè questa donazione spoglia all'istante il donante; conseguentemente gl'impedisce di alienare.

Molto meno era donazione a causa di morte propriamente detta, imperciocchè tal donazione era revocabile; e d'altronde il donatario a causa di morte non era certamente unerede, ma piuttosto un legatario; lo che è molto diverso in quanto alle conseguenze, ed ai vantaggi.

Non altrimenti si è potuto diffinire l'istituzione contrattuale, se non *una donazione irrevocabile dell'eredità dell'istituente*.

2.º Era dell'essenza di tale disposizione, che si facesse esclusivamente per contratto di matrimonio, e da quel momento investiva coloro che contraevano il matrimonio, o i loro discendenti.

Non pertanto erasi trovato il mezzo onde farvi partecipare altre persone diverse dai contraenti il matrimonio, imponendo a questi ultimi l'obbligo di associare al beneficio della istituzione coloro i quali si volevano gratificare, e che non si maritavano.

3.º Se l'erede contrattuale moriva prima dell'istituente senza figli, la istituzione si caducava. I collaterali dell'istituito non vi avevano alcun diritto.

4.º Qualora l'istituito moriva prima dell'istituente, e lasciava figli, costoro erano personalmente chiamati a raccogliere il beneficio della istituzione, in virtù di una specie di sostituzione volgare, tacitamente sottintesa in loro favore. Col mezzo di questa sostituzione si derogava alla regola del diritto, che prescriveva di non potersi trasmettere una successione se non quando erasi deferita all'erede istituito.

Da ciò discendono due conseguenze; la prima, che i figli dell'istituito avevano il di-

ritto di raccogliere l' eredità dell' istituyente , quando anche avessero rinunciato a quella del di loro padre istituito e premorto , o fossero stati da costui eseredati: la seconda, che l' istituyente non poteva dopo la morte dell' istituito dividere in parti disuguali l' effetto della istituzione tra i figli dell' istituito medesimo. Poteva nondimeno l' istituyente nel fare l' istituzione, riservarsi cotal facoltà.

5.^o Non era necessario, come testè abbiamo detto, che l' istituzione contrattuale fosse espressamente accettata; e neppure bisognava che fosse insinuata; dessa era revocabile per la sopravvenienza dei figli, come lo era la donazione tra vivi (1).

Questa revocazione incontrato aveva delle difficoltà in talune costumanze, che aveano disposizioni simili a quella dell' *Alvergnà*, il cui art. 33 tit. 14 era così concepito: » Le donazioni, » e le altre disposizioni tra vivi ed irrevocabili, » fatte nel contratto di matrimonio in favore » dei contraenti, non sono revocabili nel caso » che sopravvengano dei figli al disponente, se » non in quanto al diritto di legittima ».

(1) Su i principj relativi alle istituzioni contrattuali, indipendentemente da Ricard, Lebrun, de Laurière, che già abbiamo citati, può consultarsi *Auroux des Pommiers* su gli art. 219 e 220 della costumanza del *Borbonese*; Chabrol sulla costumanza di *Alvergnà* tit. 14, art. 26. Pothier *Introduzione al tit. 17 della costumanza di Orleans*; e Furgole *Osservazioni sull' ordinanza del 1731* art. 13 e 39. In talune costumanze, ed in taluni paesi di diritto scritto cravi qualche particolare uso, ma ciò non toglie, che possano riguardarsi come regole generali delle istituzioni contrattuali quelle che abbiám riportate.

Il principio però stabilito coll'ordinanza del 1731, art. 39, che la donazione tra vivi era rievocata colla sopravvenienza dei figli, fu dalla giurisprudenza applicato alle istituzioni contrattuali, qualunque fossero state le disposizioni delle costumanze. La ragione era la stessa; e le ordinanze derogavano le costumanze (1).

I lettori curiosi ci perdoneranno senza dubbio se ci siam dilungati sulla origine delle istituzioni contrattuali: era importante di esporne i principj. Questo genere di disposizione è stato conservato nel cap. 8 del titolo del Codice civile concernente le donazioni ed i testamenti; e sebbene in questo capitolo si trovino stabiliti dei principj fondamentali, da cui riesce facile di trarre le conseguenze; nondimeno spesso si ha occasione di ricorrere ai principj che abbiamo esposti.

SEZIONE VI.

Della divisione dei beni fatta dagli ascendenti tra figli, secondo i principj del diritto romano, e della legislazione francese.

(Principj intorno a questa disposizione secondo il diritto romano.)

Il diritto romano avea dato al padre, ed agli altri ascendenti, il diritto di dividere i loro beni tra i proprij figli.

Questo modo di disporre è stato tal volta

(1) Veggasi una dissertazione su questo soggetto nel comentario di Chabrol sulla costumanza di *Alvergna*, art. 33, tit. 14.

confuso col testamento del padre tra i figli , (*inter liberos*) di cui abbiamo parlato nel riportare i principj del diritto romano relativamente ai testamenti (pag. 76).

Cotesta confusione ebbe la sua origine da che Triboniano nel trascrivere, nella legge ultima al tit. *familiae erciscundae* del Codice Giustiniano , la legge 1.^a del Codice Teodosiano sotto lo stesso titolo, e che era di Costantino, alterò questa legge, con cui il detto imperadore avea soltanto raccorciate le formalità del testamento del padre in favore dei suoi figli. Triboniano nella nuova legge confuse la divisione col testamento; e cotesta confusione continuò nelle Novelle 18, e 107, cap. 1. Intanto è fuor di dubbio, che sebbene la divisione avesse potuto farsi sotto al nome e colle forme del testamento tra figli, pure quest'atto, secondo i principj del diritto romano, era una disposizione diversa e distinta dal testamento. Ciò vien provato con una legge del Digesto, che stabilisce la facoltà dell'atto di divisione, indipendente da ogni altra disposizione di ultima volontà (1).

Sembra che, al pari del testamento *inter liberos*, la facoltà di disporre col mezzo della divisione tra figli, in origine, si permise al padre soltanto, come un effetto dell' autorità paterna. Ma in conseguenza del diritto stabilito colle Novelle, avvenne per questa divisione lo stesso che pel testamento di cui abbiamo par-

(1) *Si pater inter filios bona divisit, et onera aeris alieni pro modo possessionum distribuit, non videri simplicem donationem, sed potius supremi iudicii divisionem, Papinianus ait. Legge, si filia, §. si pater, ff. famil. ercis.*

lato; cioè la facoltà di dividere fu accordat' a tutti gli ascendenti senza distinzione di sesso: e sotto questo nuovo punto di veduta, in cui non si ebbe riguardo alla patria potestà, la disposizione per via di divisione tra figli fu considerata come un privilegio del vincolo di sangue in linea retta. Le leggi romane quindi non la permisero ai collaterali.

L'atto di divisione non era un testamento. In esso non era necessaria la istituzione dell'erede, circostanza che caratterizzava il testamento. Essa, secondo alcuni autori, era un particolar modo di disporre, il quale poteva paragonarsi al codicillo o alla donazione a causa di morte.

L'autore dell'atto del partaggio poteva stabilire una ineguaglianza tra i suoi figli o discendenti, in modo però che la legittima non fosse lesa (1): ove vi fosse stata lesione su la legittima, la divisione non era nulla, ma potea soltanto chiedersi il supplemento di legittima. Sembra che la stessa regola dovesse aver luogo pel figlio che fosse stato omissso nell'atto di divisione, a differenza di ciò che praticavasi pel testamento, il quale in tal caso sarebbe stato nullo, pel vizio conosciuto in diritto sotto nome di *preterizione*.

Se la divisione non comprendea tutti i beni, il dippiù dovea essere diviso secondo i diritti rispettivi dei figli (2).

(1) Legge 8, al Codice, *de inoff. testam.*

(2) Legge, *si pater*, già citata §. 4; *quod si quaedam res indivisae relictæ sunt; communi dividundo de his agi potest*. L'azione per la divisione chiamavasi in diritto *communi dividundo*.

Quanto alla forma dell'atto della divisione, dessa era semplicissima giusta la Novella 107, cap. 3, la quale ne stabilisce le particolari regole, dopo averne fatto cenno nel capo 1.º, ove trattasi soltanto delle forme del testamento tra figli. Il padre poteva far sottoscrivere la divisione ai suoi figli, o potea sottoscriverla egli stesso, ed in ambi i casi l'atto di divisione doveva eseguirsi.

Questa disposizione era revocabile come ogni altra donazione a causa di morte.

In questa disposizione avveniva lo stesso che nel testamento tra figli: tutte le disposizioni estranee ai figli, contenute in un atto fatto sotto tale forma, erano nulle.

(Principj secondo la legislazione francese.)

In Francia, la divisione fatta dagli ascendenti tra i discendenti, non è stata generalmente usitata. Nei paesi di diritto scritto si praticava conforme agli esposti principj del diritto romano, e colle forme stabilite cogli art. 17 e 18 dell'ordinanza del 1736: desse erano le medesime del testamento tra figli e discendenti, di cui abbiamo fatta menzione parlando del testamento. Eravi pure qualche paese di diritto scritto, in cui non era in uso la divisione degli ascendenti.

Quanto poi alle costumanze, alcune di esse avevano ammessa la divisione; tali erano quelle di *Bretagna*, del *Borbonese*, del *Nivernese*, di *Amiens*, di *Borgogna*, del *Peronne*, di *Montdidier*, e di *Roye*. E l'avevano ammessa come un mezzo onde consolidare la

pace tra le famiglie, evitando le liti dopo la morte dei genitori. Nelle altre costumanze, che non aveano disposizioni espresse su di ciò, cotesto modo di disporre era affatto ignoto.

Le costumanze, che aveano ammessa la divisione, non aveano adottati gli stessi principj. In alcuni luoghi tutti gli ascendenti aveano il diritto di fare la divisione; in altri, questo diritto era limitato al padre, ed alla madre in esclusione degli avoli. Talune altre costumanze accordavano questa facoltà ai collaterali, lo che non avea luogo altrove. Finalmente in altre costumanze questo modo di disporre praticavasi soltanto da persone nobili.

Era però regola generale, che la divisione dovesse farsi tra tutti i figli, e dovesse comprendere tutti i beni esistenti nel tempo in cui si faceva. Ed il favore accordato era tale, che il padre poteva ridurre la porzione di un figlio al minimo di quel che la legge gli assicurava, e di cui non poteva esser privato con atto veruno.

La divisione era revocabile, eccetto in alcuni casi; come, per es., se era fatta nel contratto di matrimonio a favore dei contraenti; o se era stata eseguita dal padre e dalla madre, mentre erano in vita, facendo la consegna reale, e mettendo i figli nel possesso dei beni divisi colla riserva di una pensione, lo che spesso praticavasi; salvo al padre ed alla madre il diritto di chiedere in seguito, se eravi luogo, un aumento della pensione.

Le disposizioni degli art. 17, e 18 dell'ordinanza del 1735, che regolavano le forme della divisione, erano applicabili anche alle

costumanze che l'ammettevano. Nel detto articolo 17 si soggiunge: « E saranno, in oltre, « osservate le altre formalità prescritte dalle « leggi, costumanze, o statuti che autorizzano « i detti atti. » Da ciò ne seguiva, che le formalità richieste da talune costumanze, oltre di quelle prescritte colla detta ordinanza, dovevano sempre essere adempiute. Quindi era necessario, secondo alcune costumanze, che il disponente sopravvivesse venti giorni dopo la divisione; e secondo altre quaranta, come nella donazione tra vivi (1).

Il Codice Civile al titolo *delle donazioni e dei testamenti capitolo VII* ha ammesso la divisione da parte degli ascendenti. La semplicità delle disposizioni in esso contenute, e l'uniformità della legislazione influiranno a rimuovere l'enormi difficoltà, che intralacciavano l'antica legislazione.

(1) Chi avesse vaghezza di conoscere più diffusamente questa materia, pei paesi di diritto scritto, può consultare Furgole su i *Testamenti* cap. 2. sez. 1.; e cap. 8. sez. 1. n.° 142 e seguenti; egli vedrebbe allora quante difficoltà io abbia procurato di rischiarare nel sunto che ne ho dato: e pei paesi di costumanza può riscontrarsi Aouroux su l'art. 216 della costumanza del *Borbonese*.

S E Z I O N E VII.

Della dimissione de' Beni.

(Carattere della *dimissione de' beni*. Suoi effetti.)

Generalmente, ed in gran parte della Francia era in uso un altro modo di disporre, conosciuto sotto il nome di *dimissione di beni* (*démissions de biens*). Ad eccezione di pochissime costumanze che ne parlano, tra cui quella di *Bretagna*, questa specie di disposizione erasi introdotta semplicemente dall'uso.

La dimissione de' beni, al pari della istituzione contrattuale, dimostra gli sforzi che sempre si son fatti per poter trasmettere i propri beni con un modo pel disponente meno duro della donazione tra vivi, che porta seco il rilascio immediato de' beni; circostanza che non concorrea nella dimissione dei beni.

Poichè questo modo di disporre non dee ora aver più luogo, (secondo quel che risulta dal titolo del Codice civile sulle donazioni e su i testamenti, come diremo in appresso), noi ci limiteremo a darne quì una breve idea.

« Può diffinirsi, dice Pothier, la dimissione de' beni un atto, con cui una persona prevenendo il tempo della sua successione, si spoglia in vita della universalità dei suoi beni, e ne investe anticipatamente i suoi eredi presuntivi; ritenendo però il diritto di rientrare in possesso dei medesimi sempre che il crederà a proposito. »

Un annotatore di Ricard dice (1), che la giurisprudenza, la quale ammise la dimissione di beni, sia fondata sulla legge *si filia* §. *si pater*, ff. *famil. erciscun*; di cui abbiamo riportate le disposizioni nel parlare della divisione fatta dagli ascendenti. La legge citata però è relativa soltanto a questa divisione: perciò gli autori che hanno più approfondita tal materia, son di accordo nel dire, che la dimissione dei beni era puramente di diritto francese, siccome lo era l' istituzione contrattuale; e che dessa non derivava dal diritto romano (2).

Dacchè la dimissione de' beni era un rilascio anticipato, ne seguiva che non poteva aver luogo indistintamente in favore di qualunque persona, ma soltanto a vantaggio di coloro che doveano essere gli eredi del dimittente, sia *ab intestato*, sia in virtù di convenzione, qualora vi fosse stata una istituzione contrattuale. Il dimittitore era riguardato come esecutore con anticipazione della legge sulla sua successione: perciò se egli avesse ecceduto i limiti di tal ministero, ed avesse voluto favorire altri che i suoi eredi presuntivi, l'atto non sarebbe stato valido come dimissione di beni; desso sarebbe stato un atto di donazione, e per avere il suo effetto, avrebbe dovuto esser fatto colle forme o della donazione, ovvero del testamento.

(1) *Des donations*, parte 1. cap. 4. sez. 2. dist. 2. n.º 994. ediz. del 1754.

(2) Pothier. *Introduction au tit. 17 de la coutume d' Orleans*, appendice §. 1.

★

(Dessa non fu abrogata coll'ordinanza del 1731).

Si opinò che la dimissione dei beni non era stata abrogata coll'ordinanza del 1731, non ostante che coll'articolo 3 della medesima si fosse dichiarato che in avvenire non vi sarebbero state se non due specie di disposizioni di beni, *la donazione tra vivi, ed il testamento*. Si appoggiava tal opinione su la considerazione che questa non era una terza specie di *donazione*, ma soltanto, come abbiamo detto, una semplice esecuzione anticipata della legge sull' successioni.

(Dessa dipendeva principalmente dagli usi locali)

La dimissione di beni era revocabile in alcuni paesi, ed irrevocabile in altri. Nei luoghi ove era revocabile, il dimettitore dovea, pria di ogni atto di possesso, fare la revocazione giuridica, le cui forme erano varie. Quando si faceva la revocazione, le ipoteche contro quello in cui favore la dimissione erasi fatta, rimanevano inefficaci.

In somma la dimissione di beni dipendeva meno da una legislazione, che dagli usi locali, da cui nasceva una giurisprudenza incertissima.

Da quel che abbiamo detto, ognuno si persuaderà agevolmente, che non dee far pena se cotesto modo di disporre sia cessato; soprattutto perchè la divisione da parte degli ascendenti è stata generalmente ed uniformemente ammessa (1).

(1) Ricard, *des donations*, vol. 1. parte 1. n.º 994 e seguenti; Lebrun, *des successions*, libro 1. cap. 1.

S E Z I O N E VIII.

Principj del diritto romano e della legislazione francese intorno alle Riserve destinate a talune persone ; e di cui queste non potevano esser private quando si disponeva dei beni : ossia della Legittima.

Le leggi romane avevano destinata una porzione dei beni ad una certa classe di parenti , i quali non poteano esserne privati con disposizioni , che , relativamente a chiunque altro , avrebbero dovuto avere il loro effetto per la totalità. Non si formerebbe idea generale della legislazione intorno alle disposizioni gratuite , se s'ignorasse quanto concerne coteste riserve ; ed in quali casi coloro , in cui favore erano stabilite , potevano domandare la riduzione delle disposizioni.

Tre classi di persone aveano diritto a queste riserve ; i figli , gli ascendenti , i fratelli , e le sorelle.

Quanto a' figli , e discendenti , egli è impossibile di ricordarli , senza andare nel tempo stesso col pensiero a quel diritto tanto noto sotto il nome di *legittima* , che erasi trasfuso in tutta la legislazione francese.

sez. 5. , han trattato delle dimissioni di beni. Boullenois ne ha fatto un trattato particolare , sotto forma di quistioni. Ma gli autori che han meglio trattata la materia sono Furgole , *des testaments* cap. 8. sez. 1. n.º 168 , e seg. , e Pothier , *introduction au tit. 17 de la Coutume d'Orleans* appendice , §. 1-7

In origine, come abbiamo osservato nel parlare del testamento secondo il diritto romano, i padri potevano a loro piacimento disporre di tutti i loro beni, senza nulla dare a' loro figli o discendenti, che eglino potevano omettere o diredare.

La corruzione de' costumi rendette pernicioso questo eccesso della patria potestà. Il temperamento dei padri, le insinuazioni delle matrigne produssero delle diredazioni ingiuste. Il potere paterno venne quindi limitato.

Si permise da prima, che il figlio omesso nel testamento del padre, o che vi fosse stato diredato, potesse, per questa sola ragione, attaccare il testamento.

Non si ha notizia di alcuna legge particolare su questo proposito. I più dotti comentatori, e le leggi stesse c'insegnano, che quest'uso si introdusse sul declinare della Repubblica, e fu poi sanzionato colle leggi del Digesto, e del Codice. La legge delle dodici Tavole avea dato al padre il potere assoluto di testare; ma questa legge avea nel tempo stesso privati di tal diritto il furioso o il demente: e siccome non potevasi attaccar di fronte la facoltà illimitata concessa in generale ai padri, i giureconsulti introdussero, che nel caso di omissione o diredazione de' figli, potessero costoro domandare la nullità del testamento; e ciò perchè doveva suppersi in istato di furore o di demenza colui che dimenticava i sentimenti della natura fino al punto di preferire gli estranei ai propri figli. Col mezzo di cotesta finzione, come dicono le leggi, fu introdotta tale azione.

Essa fu intitolata *querela d' inofficiosità*

(*querela inofficiosi testamenti*), perchè volle evitarsi finanche l'idea di accusa tra tanto stretti parenti. L'azione fu riguardata come una doglianza; questa era l'idea annessa al vocabolo *querela* (1).

Il testamento era attaccato come *inofficioso* nel senso che il testatore avea mancato al dovere che la natura impone al padre di lasciare ai suoi figli i mezzi di sussistenza.

(Casi di direddazione contro coloro che aveano diritto alla *legittima*).

Si avvertì in seguito, che vi erano de' casi, in cui alcuni figli potevano essere direddati giustamente; e cotesti casi furono determinati. Il numero di essi fu successivamente portato fino a quattordici, e si veggono espressi nella Novella 115. dell' Imperadore Giustiniano cap. 3. Secondo l' antico diritto il padre era obbligato di motivare la direddazione, la quale poteva essere sottoposta al giudizio dei tribunali; e nel caso di omissione di uno o più figli, o di esereddazione riconosciuta ingiusta, il testamento rimaneva interamente annullato: secondo però il diritto nuovo si annullava soltanto la istituzione di erede, ed i legati rimanevano fermi.

(1) Dalla parola *queri* derivava (se plaindre) *querelarsi*. Ho detto, (querelle) *querela*, poichè questa parola era stata consagrada nel diritto Francese.

N. B. Nell' antico diritto napolitano era anche ammessa tale azione collo stesso nome di *querela inofficiosi testamenti*.

Ciò fu stabilito colla Novella 115, *cap. 3. §. ultimo, e cap. 4. anche al §. ultimo.*

Quel che abbiamo detto intorno al testamento del padre e della madre riguardo ai figli, ebbe anche luogo pe' testamenti de' figli e discendenti riguardo agli ascendenti. L'omissione degli ascendenti, quando non vi esistevano discendenti, fu riguardata come un oltraggio fatto a coloro, che dovevano esser circondati di sommo rispetto e di amore, specialmente in un paese ed in tempi in cui la sola amicizia ispirava il dovere di una onorevole rimembranza da parte di un testatore. La querela d'infamiosità fu anche accordata a quei ch'erano stati omessi nel testamento de' loro fratelli e sorelle, allorchè il testatore non lasciava nè discendenti, nè ascendenti: ma bisogna notare, che questo diritto fu accordato ai soli fratelli e sorelle germani o consanguinei, esclusi gli uterini: e soltanto nel caso in cui l'erede istituito, preferito ad essi, era notato d'infamia; per quanto leggiera fosse tal nota: questa idea esprimeasi colle seguenti parole - *instituta turpi persona*; e di più era necessario, ch'eglino stessi avessero avuto una riputazione senza macchia.

Poteva avvenire ancora, che qualche ascendente, ovvero fratello o sorella si fosse per talun' azione renduto indegno dei sentimenti di affezione e di benevolenza dei loro discendenti, o dei fratelli e delle sorelle: quindi si determinarono anche i casi, in cui costoro potevano esser diredati, nel modo stesso che i figli dovevano esserlo dai loro genitori. La stessa Novella 115, al capitolo 4, stabilisce otto cause di diredazione contro i genitori da parte de' loro

figli; e la Novella 22 cap. 47 ne fissa tre pei fratelli e per le sorelle rispettivamente (1).

Da tale stato di cose risultava, che i discendenti, gli ascendenti, i fratelli, e le sorelle rispettivamente dovevano essere o istituiti eredi, o esclusi da tale istituzione per causa che dovea esprimersi, e che dovea esser giudicata giusta: senza di ciò si dava luogo alla *querela d' inofficiosità*

(1) Le cause della diredazione, ne' tre casi di cui abbiamo parlato, sono espresse con tanta prolissità nelle citate Novelle, che io mi limiterò a porre sotto gli occhi del lettore la esattissima analisi che ne ha fatta Einnecio, *Elem. jur civ: sec: ord. Instit. lib. 2, tit. 13 §. 529, 530, 531.*

Cause di eseredazione contro i figli. 1. *Si pater gravi injuria lacessitus*; 2. *Si manus ei illatae*; 3. *Si insidiæ vitæ instructæ*; 4. *Si ex delatione filii damnum illatum*; 5. *Si filius cum maleficis versatus, seu maleficus*; 6. *Si patrem testari prohibuerit*; 7. *Si patrem furiosum neglexerit*; 8. *Si captum ab hoste non redemerit*; 9. *Si filius factus haereticus talis, qui quatuor priores synodos oecumenicos rejiciat*; 10. *Si patrem accuset capitalis criminis, excepto crimine majestatis*; 11. *Si cum noverca vel patris concubina rem habuerit*; 12. *Si mimos invito patre sequatur*; 13. *Si patrem carcere inclusum fidejussione liberare nolit*; 14. *Si filia minor annis, quam pater dote oblata elocare voluit, corpore quoestum faciat.*

Cause di eseredazione contro gli ascendenti. 1. *Si capitis acousarint liberos*; 2. *Si insidiati sunt vitæ liberorum*; 3. *Ob stuprum nurui vel concubinae filii illatum*; 4. *Si testari liberos prohibuerint*; 5. *Si non redemerint captivos*; 6. *Si furiosos neglexerint*; 7. *Ob haeresim*; 8. *Si pater matri, vel haec patri venenum praeberit.*

Cause di eseredazione contro i fratelli e sorelle. *Si frater, vel soror aut, 1. vitæ insidias, aut 2. criminis accusationem, aut 3. bonis jacturam inferre sit ausus.*

(Della fissazione della *legittima*. A qual titolo doveva lasciarsi).

Posteriormente s' introdusse una nuova legislazione, secondo la quale la dett' azione non poteva esercitarsi qualora si era lasciata una certa porzione di beni a coloro ai quali era questa accordata. Tal porzione fu chiamata la *legittima*.

Dessa in sulle prime fu il quarto di ciò che sarebbe spettato a tutti coloro che aveano diritto a questa *legittima*, se fossero succeduti *ab intestato*. È per ciò, che nel Digesto, nel Codice, e nelle Istituzioni la *legittima* è sovente chiamata *quarta*: dessa fu fissata ad imitazione della *quarta falcidia*, di cui abbiamo già parlato.

La *legittima*, per tutti quelli che vi aveano diritto, è indicata colle seguenti parole; *quarta legitimae partis*, nelle Istituzioni *de inofficioso testamento* §§ 3, e 6. E sotto la stessa denominazione vien paragonata alla *falcidia* nella legge 8. ff. *de inofficioso testamento*. Anzi nella legge 31 al medesimo titolo del Codice, e nella Novella 92 di Giustiniano essa è ricordata sotto al nome di *falcidia*.

Poichè l'erede istituito in un testamento, con cui il testatore avesse assorbita la eredità con legati, potea ritenersi il quarto da tutti i legatarij; era ben naturale, che quei tra gli eredi del sangue, a cui erasi accordato il diritto di non poter essere privati di una quota su i beni del defunto, e la facoltà di attaccare il testamento come *inofficioso*, prendessero il quarto, a similitudine dell'erede testamentario. Ecco il principio della quarta legittimaria.

È incerta l'epoca precisa, in cui fu ammessa la querela d' inofficiosità, ed in cui ebbe luogo lo stabilimento di questa quarta legittimaria; nè si ha notizia precisa di alcuna legge su di ciò. Cujacio ed Otomano, i quali hanno esaminato questo punto istorico vi hanno sparsi fiocchi lumi. Ricard (1) ha tentato di rischiararlo. Paquier (2); che fa meraviglia di non veder citato da Ricard, è l'autore che ha somministrato congetture più probabili su questo soggetto, nelle lettere scritte a Loy-sel, celebre avvocato del suo tempo. Del rimanente sarebbe più curioso che utile lo spingere oltre le ricerche su questo punto. L'oggetto essenziale è di conoscere il motivo dello stabilimento della *quarta legittimaria* ad imitazione della *falcidia*.

In progresso di tempo colla Novella 18. dell'Imperadore Giustiniano, cap. 1, la legittima in rapporto ai figli fu aumentata proporzionalmente al loro numero: se ve n'erano quattro o meno, la legittima era per ognuno di essi un terzo di quello che avrebbe percepito se il defunto non avesse fatto alcuna disposizione; se ve n'erano cinque o più, la legittima era della metà. Da questa combinazione si avea un risultato molto singolare, cioè, che quando vi erano cinque figli, la legittima era più forte di quando ve n'erano quattro; nel primo caso essa era del decimo della successione, e nell'altro del dodicesimo.

(1) *Des donations* 3. parte n.º 836 e seguenti.

(2) *Recherches*. vol. 2. pag. 567 e seguenti.

Secondo la detta Novella 18 la legittima poteva esser lasciata a qualunque titolo: ma Giustiniano fece anche nuovi regolamenti su di ciò colle Novelle 39, e 115; e secondo queste, perchè il testamento non potesse essere attaccato, dovea lasciarsi la legittima col titolo onorevole di erede, cioè a *titolo d' istituzione particolare*.

Le disposizioni di tai Novelle, secondo il tenore ond' erano scritte, furono applicate a tutti gli altri parenti, che avevano anche diritto di legittima; cioè agli ascendenti, quando non vi erano discendenti del defunto, ed ai fratelli e sorelle, quando il defunto non lasciava nè discendenti nè ascendenti, ed allorchè la persona istituita erede era notata d' infamia.

La legittima era accordata soltanto a coloro che avevano diritto di succedere secondo l'ordine di parentela in cui si trovavano. Fu perciò, che siccome gli ascendenti i quali potevano succedere non erano più di quattro, mentre i più prossimi escludevano i più remoti, così la legittima fu fissata al terzo per tutti loro; e relativamente ai fratelli e sorelle, la loro legittima, sempre nel caso che fosse loro dovuta, fu fissata al terzo quando erano quattro o meno, ed alla metà quando erano più di quattro. La legittima doveva essere loro lasciata egualmente a titolo d' istituzione d' erede, come ai figli (1).

(1) Nella legislazione romana vi era qualche difficoltà su di ciò, riguardo ai fratelli ed alle sorelle. Ma l'ordinanza dell'anno 1735 negli articoli 50 e 53, che

Tutto quel che abbiamo detto intorno alla necessità della istituzione particolare di erede riguardo a coloro che aveano diritto di legittima, avea luogo soltanto per le disposizioni testamentarie. Non era lo stesso per le altre disposizioni di ultima volontà, come la donazione a causa di morte, ed il codicillo. Coloro che aveano diritto di legittima, potevano sempre reclamarla quando vi erano tali specie di disposizioni; ma non potevano attaccarla sotto pretesto della loro omissione o *preterizione*, ch' era il termine usato nella legislazione.

Finalmente giova far osservare, che quando eravi una disposizione tra vivi, come una donazione, coloro che avevano diritto di legittima, non potevano prevalersi della loro omissione per fare annullare la disposizione, come avveniva pel testamento. Eglino potevano soltanto reclamare la loro legittima sopra i beni donati. Questo diritto si esercitava in forma di diminuzione della donazione, se non vi lasciava nella eredità un fondo per la legittima.

Ciò risulta dalla legge 6 Cod. *de inofficioso testamento*, e dalla Novella 92 di Giustino (1).

possono riguardarsi come una interpretazione di quelle leggi, non stabilisce alcuna distinzione fra tutti coloro che avevano diritto alla legittima. Dessa doveva essere lasciata loro a titolo d' *istituzione di erede*.

(1) Indipendentemente dalle autorità che abbiamo citato, il fin qui detto intorno alla legittima è un sunto de' titoli *de inofficioso testamento* del Digesto, del Codice, e delle Istituzioni; e del titolo delle Istituzioni *de liberis exheredandis*: noi abbiamo pure profittato di quel che su di ciò ha detto Einnecio.

(Della *legittima* , secondo la legislazione francese).

In quanto alla legislazione francese , bisogna sempre distinguere i paesi di diritto scritto dagli altri di costumanza.

Nei primi seguivasi la legislazione romana , già da noi esposta. Le difficoltà insorte su questa materia nella giurisprudenza , furono regolate dagli articoli 50 a 56 inclusive , e dall' articolo 61 dell' ordinanza del 1735.

Ma questi principj erano assolutamente estranei pei paesi di costumanza. In essi i testamenti non potevano turbare se non leggermente l'ordine delle successioni ; giacchè col testamento potevano farsi soltanto disposizioni modiche , come abbiamo detto di sopra : ed i testamenti stessi erano riguardati come donazioni a causa di morte , o come codicilli. Quindi , allorchè trattavasi di testamenti , non poteva mai farsi quistione di *legittima* , neppure pei figli. Le costumanze assegnavano le quote ai diversi eredi , e tai porzioni erano chiamate (*reserves coutumierès*) *riserve consuetudinarie*.

Quando però trattavasi di disposizioni , con cui , secondo le costumanze , si poteva donare molto più di quel che si poteva fare col testamento , come sono le donazioni fra vivi , e le istituzioni contrattuali ; i figli avevano sempre il diritto di domandarne la riduzione sino alla concorrenza della loro *legittima*.

Convienè intanto far osservare , che in tutta la Francia essi potevano essere eseredati , vale a dire , privati anche della *legittima* , ne' casi preveduti dalla Novella 115 , eccetto quelli ,

*image
not
available*

me in quelle di *Torena*, di *Angiò*, della *Rocella* e di *Troyes* la legittima era conforme alle costumanze di *Parigi* (1).

Dee certamente far piacere che il Codice civile al titolo *delle donazioni*, e *de' testamenti*, determinando con precisione le riserve in favore solamente de' figli o discendenti, e degli ascendenti del disponente, ed organizzando con saggezza il modo di riduzione, abbia fatto sparire ogni diversità di giurisprudenza, e sopra tutto le sottigliezze delle leggi romane.

(Delle riserve pei figli nati da un primo matrimonio, in caso di seconde nozze del padre o della madre).

Le antiche leggi assicuravano anche le riserve ai figli in un caso particolare, cioè in quello di un secondo matrimonio del padre o della madre loro. Il timore che l'affetto di un padre, o di una madre nel rimaritarsi si diffondesse tutto al nuovo consorte, ed ai suoi figli, in pregiudizio di quelli del primo letto, dette occasione a queste leggi, e l'esperienza giustificò la loro saggezza.

La legge 3 al Codice *de secundis nuptiis*, la quale è opera degli Imperadori Graziano, Valentiniano, e Teodosio, fu la prima su quest'oggetto. Essa obbligò le donne, che si rimaritavano, e che avevano figli nati da un precedente matrimonio, a riservar loro tutto ciò che esse avessero profitato su i beni del di loro padre.

(1) Lebrun *des successions*, lib. 2 cap 3. sez. 3 n. 5, e seguenti.

La legge 5 sotto lo stesso titolo del Codice , ch'è degli Imperadori Teodosio e Valentiniano , impose, nello stesso caso, la medesima obbligazione al padre che prendeva altra moglie , rispettivamente a' beni ch'egli aveva avuto dalla eredità della madre dei figli del precedente matrimonio.

Ma gl' Imperadori Leone ed Antemio andarono più oltre colla legge 6 dello stesso titolo del Codice. Questa legge dispose che il padre , o la madre , la quale passasse a seconde nozze , e che aveva dei figli , non potesse dare al nuovo consorte più che a quello tra suoi figli , il quale avrebbe la minor porzione nella sua eredità; cioè, secondo la frase comune (*plus , qu' à l' enfant le moins prenant*) più che al figlio il quale prendesse il meno (a). Non sembrò regolare che un padre od una madre che si rimaritasse, avesse pel nuovo conjuge maggiore affetto, che per qualunque dei proprj figli. Ecco il fondamento della regola contenuta in tai disposizioni.

Coteste leggi erano osservate soltanto nei paesi di diritto scritto della Francia, salvo alcune disposizioni particolari che potevano esservi in talune costumanze. Ma l'osservanza di esse si generalizzò dopo il celebre editto su questa materia , emanato nel 1560 , noto sotto al nome di *editto delle seconde nozze* , i quale è una delle leggi che la Francia deve all'immortale Cancelliere *de l' Hôpital* (1).

(a) *Plus quam filius vel filia habet , cui minor portio ultima voluntate derelicta vel data fuerit , aut donata :* Sono le parole della legge.

(1) La circostanza, che dette luogo all'editto delle seconde nozze , ci è stata trasmessa nelle memorie del tempo.

Le leggi romane di cui abbiamo testè favellato, e più ancora il brevissimo editto del 1560 non avevano interamente prevedute, tutte le difficoltà, alle quali le loro disposizioni potevano dar luogo. Desse contenevano solamente de' principj, la cui applicazione riusciva più o meno difficile, secondo le circostanze che si presentavano. Da ciò avvenne, che le decisioni de' tribunali furono divergenti sopra molti punti, e che questa materia addivenne una delle più spinose del diritto (1).

I principj che dettarono tutte quelle leggi si sono anche adottati nel Codice civile al titolo *delle donazioni e dei testamenti* cap. 8, ma con una semplicità e con delle modificazioni proprie a dar luogo il meno possibile ad interpretazioni e difficoltà.

Anna d'Alègre, vedova di *Antonio Duprat*, figlio del Cancelliere dello stesso nome, avea procreati con costui otto figli: ella si rimaritò con *Giorgio di Clermont d'Amboise* marchese di *Gallerande*; e dispose in favore di quest'ultimo di tutti i di lei beni, in pregiudizio degli otto figli del primo matrimonio. Questa disposizione, che fece rumore, eccitò l'attenzione e la previdenza del signor *de l'Hopital*; e certamente al termine della lite che si agitò su quest'oggetto apparve l'editto degno di stare a fianco delle numerose ed importanti leggi, che tanto onorano la memoria di quel grand'uomo. Veggasi la storia genealogica del Padre Anselmo vol. 6 pag. 454, edizione del 1730.

(1) Questa materia è stata esposta da Ricard nel suo trattato *des donations*; da Lebrun nel suo trattato *des successions*; da Pothier nella sua introduzione al titolo 10 della costumanza di *Orleans*, capitolo 9. Astruc, professore di diritto francese nella Università di *Tolosa*, ne ha fatto un trattato particolare, in cui può solo desiderarsi un poco più d'ordine.

Il cenno istorico, che abbiamo presentato, dell' antica legislazione su le donazioni, i testamenti, e le altre disposizioni a titolo gratuito, farà sentire senza dubbio quanto n' era lungo e difficile lo studio. Innumerevoli contestazioni e litigj dovevano necessariamente sbucciare da tanta molteplicità di leggi e di costumanze, e da tanta diversità di giurisprudenza e di usi. Non deve dunque recar meraviglia se da gran tempo sommi ingegni, quelli stessi ch' erano giunti ad ordinare il caos delle nostre antiche leggi, abbiano desiderato di veder loro sostituita una legislazione uniforme, e più analoga a' nostri costumi, ed alla nostra politica esistenza.

Il dotto e giudizioso Domat (1), che procurava di giustificare le diverse costumanze sull' ordine delle successioni, e sulle disposizioni gratuite, con quello spirito di riserva e di moderazione che gli è proprio, diceva « ch' esiste in tutte una utilità comune, cioè che ciascuna ha le sue regole determinate, che si credono giuste, e che assicurano la tranquillità delle famiglie. » Ed egli stesso aggiungeva. « Ciò non toglie però, che la moltitudine delle costumanze, che abbiamo in Francia, tanto differenti tra loro, non solamente in materia di successione ma in molte altre ancora, ecciti naturalmente la curiosità di conoscere qual cosa sarebbe più utile *se la diversità delle regole, ciascuna circoscritta al suo paese; ovvero una sola regola comune a tutti.*

(1) *Lois Civils* parte seconda, prefazione n.º 7.

« Ma (continua l' autore) è inutile di occu-
« parci qui dell' esame di una quistione tanto
« importante.

Ed in vero ciò sarebbe stato inutile: osta-
coli insormontabili si opponevano ad introdurre
una legislazione generale ed uniforme. L'auto-
rità, anche la più assoluta, non avrebbe potuto
eseguire ciò ch'era riservato alla ragione, quando
essa fu al caso di mettere a profitto la riunione
di tutte le volontà.

Mirabeau (1) disse nel 1778, in continua-
zione di ragguagli storici riguardanti tempi molto
più antichi : « I soli francesi non solamente non
« aveano leggi uniformi (*vantaggio, che pro-*
« *babilmente non mai godranno*), ma neppure
« una raccolta delle loro costumanze ec. »

Se quest' uomo celebre, allorchè scrisse in
tal modo, avesse potuto prevedere le fasi a cui
la Francia dovea andare soggetta, ed in cui egli
ha tanto figurato, non può dubitarsi, che quanto
nel suo animo era allora problematico e quasi
impossibile, si sarebbe cangiato in certezza.

(1) *Des lettres de cachet, e des prisons d' état*,
vol. 2 pag. 149.

TRATTATO

DELL

DONAZIONI, DE' TESTAMENTI,

E DI OGNI ALTRA DISPOSIZIONE A TITOLO GRATUITO
SECONDO I PRINCIPI DEL CODICE CIVILE.

OSSERVAZIONI PRELIMINARI.

QUALI MODI DI DISPORRE SI SONO CONSERVATI NEL CODICE CIVILE,
E QUALI SONO RIMASTI ABOLITI. PIANO DELL'OPERA.

~~~~~

( Effetto del silenzio della legge su le antiche disposizioni  
a titolo gratuito ).

I. È opportuno determinare quali sono i modi di disporre a titolo gratuito conservati nel Codice civile (a), ed indicare quelli, che sono rimasti o espressamente, o tacitamente aboliti.

Nell'articolo 893 ( 813 ) si dice, che » nessuno potrà disporre de' suoi beni a titolo gratuito, *se non per donazione tra vivi, o per testamento, nelle forme stabilite quì appresso.* »

Il legislatore ha voluto con ciò dichiarare, che la scelta degli atti e delle loro forme, per le disposizioni gratuite dei beni, non dipendeva

---

(a) Noi aggiungeremo su di ciò le disposizioni delle Leggi Civili che sono in osservanza nel Regno.

affatto dalla volontà de' privati. Era importantissimo di assicurarsi della volontà di coloro che si spogliano dei loro beni, o che vogliano privarne gli eredi chiamati dalla legge; e non conveniva quindi lasciar loro quella latitudine. Il modo e le forme di simili disposizioni han dovuto essere fissate positivamente: perciò il legislatore ha voluto, che il disponente non potesse essere legalmente spogliato, nè i suoi eredi privati del diritto di succedere, se non con atti di un carattere particolare, e rivestiti di certe formalità. Da questi atti solo può risultare una trasmissione legittima de' beni a titolo di liberalità.

Il legislatore ha indicato la *donazione tra vivi ed il testamento*, poichè queste sono in generale le due maniere di disporre a titolo gratuito. In seguito però si rinvencono delle eccezioni a questa regola, imperciocchè il legislatore ha ammesso altre disposizioni di una specie particolare. Nondimeno coteste disposizioni stesse, che sono state introdotte per l'interesse della società, colla veduta di promuovere i matrimoni, o di favorire gli accomodamenti tanto salutari alle famiglie, vantaggi che non sempre si sarebbero ottenuti colla donazione tra vivi propriamente detta, e col testamento, coteste disposizioni, dico, si comprendono nel genere di quelli ultimi atti. Il loro modo ed i loro effetti partecipano della donazione o del testamento, o di entrambi insieme; di tal che in rapporto alla donazione ed al testamento, possono considerarsi come disposizioni miste.

Tali sono le disposizioni permesse in favore de' nipoti del donante o del testatore, e

de' figli de' suoi fratelli e sorelle; le divisioni fatte dal padre, dalla madre, o da qualsivoglia altro ascendente tra i loro discendenti; le donazioni fatte per contratto di matrimonio agli sposi, ed ai figli che nasceranno dal matrimonio; e le disposizioni fra conjugi sia per contratto di matrimonio, sia durante il medesimo; disposizioni le di cui regole particolari sono tracciate ne' capitoli 6, 7, 8, e 9 del titolo del Codice civile *delle donazioni e dei testamenti*.

Ecco le sole disposizioni gratuite ammesse dalla nostra novella legislazione: tutte le altre sono abolite o espressamente o tacitamente. Desse lo sono tacitamente per effetto del solo silenzio della legge, poichè non possono esservi dei modi di disporre de' proprj beni a titolo gratuito, eccetto quelli che la legge ammette, e di cui essa stabilisce i principj.

( Ragione per cui il legislatore si è espresso intorno all'abolizione delle sostituzioni fedecommissarie; le sole che si sono soppresse ).

II. Se la legge ha espressa individualmente quest'abolizione soltanto riguardo alle sostituzioni, come si ravvisa nell'articolo 896, (942) la ragione è, che vi erano diverse specie di disposizioni, le quali potevano comprendersi sotto la denominazione generale di *sostituzione*; e che faceva mestieri distinguere quelle le quali erano state conservate, dalle altre che non lo erano.

Il legislatore perciò nel citato articolo non si è contentato di dire, che *le sostituzioni* sono

vietata, ma ha creduto spiegare quali erano tai sostituzioni. « Qualunque disposizione ( si « soggiunge in detto art. ) colla quale il donatario, l'erede istituito od il legatario sia gravato di conservare e restituire ad una terza persona, sarà nulla anche riguardo al donatario all'erede istituito, od al legatario » (a).

E questo non è tutto: non solamente nell'articolo 897, egli ha stabilito una eccezione all'articolo precedente per le disposizioni permesse al padre ed alla madre, ai fratelli ed alle sorelle (b) di cui parlasi al capitolo 6; ma nell'articolo 898 egli ha benanche dichiarato, che « non sarà considerata come sostituzione,

(a) *L'art. 896 non è stato letteralmente conservato nelle nostre Leggi Civili. Alcuni principj in esso stabiliti sono stati trasfusi con notabili cangiamenti negli articoli 941 e seguenti delle LL. CC., dandosi loro miglior ordine, maggior precisione e sviluppo — Nell'art. 941 si è definita la sostituzione fedecommissaria su la norma del 2.<sup>o</sup> §. dell'art. 896 del Codice. Coll'art. 942 si è sanzionato il divieto di far sostituzioni fedecommissarie fuori dei casi espressamente permessi dalla legge, e salvo le disposizioni intorno ai majoraschi ammessi dalle leggi medesime. Coll'art. 943 finalmente si è riformata la regola della nullità dell'intera disposizione compresa nel detto §. 2.<sup>o</sup> dell'art. 896 del Codice, e si è dichiarata la caducità delle sole sostituzioni anche del primo grado, conservando la donazione, l'istituzione, od il legato diretto.*

(b) *L'eccezione contenuta nell'articolo 897 è stata trasfusa nell'articolo 942, colle generiche espressioni « eccetto i casi espressamente permessi dalla Legge. »*

« e sarà valida la disposizione, colla quale una  
« terza persona vien chiamata a conseguire la  
« donazione, l'eredità, od il legato, nel caso  
« in cui il donatario, l'erede, od il legatario  
« nol conseguissero (1) ».

Da questi articoli risulta, che il divieto stabilito dalla legge è limitato alla sola sostituzione fedecommissaria, ch'è quella indicata nell'articolo 896 ( 942 ).

Il modo di disporre, di cui si parla nell'articolo 898 ( 936 e seguenti ) sebbene conosciuto sotto al nome di *sostituzione diretta o volgare*, è conservato. La ragione è, che in

---

(1) Nelle LL. CC. si è ritenuta la teoria dell'articolo 898, e migliorandola le si è dato tutto lo sviluppo negli articoli 936 a 940 in cui si parla della sostituzione volgare. In detti articoli si sono stabilite le seguenti regole, 1.° Si può ad uno o più eredi, donatarj, o legatarj sostituire una o più persone nel caso che alcuna di esse non raccogliesse la liberalità; e ciò costituisce la sostituzione volgare. 2.° Esprimendosi la sostituzione per uno dei casi che il chiamato non possa o non voglia raccogliere la liberalità, s'intende tacitamente compreso l'altro caso non espresso, purchè non vi sia disposizione contraria. 3.° I sostituiti son tenuti a tutti i pesi imposti ai primi chiamati, qualora il disponente non abbia manifestata la volontà contraria. 4.° Le condizioni non s'intendono ripetute nella sostituzione, quando ciò non sia espressamente detto. 5.° In caso di sostituzione reciproca fra chiamati a parti disuguali, ciascuno de' sostituiti prende la rata corrispondente alla porzione che ha nella prima disposizione; qualora nella sostituzione concorrano anche degli estranei, la quota vacante si ripartisce egualmente.

una disposizione di questa specie, colui il quale è disegnato per conseguire la liberalità in mancanza di un altro ch'era chiamato in primo luogo, e che non volesse o non potesse accettare la eredità od il legato, non ha alcun rapporto col primo chiamato: egli ripete tutto immediatamente dal disponente istesso. In tal caso non vi è affatto trasmissione intermedia, e non vi era perciò ragione onde vietare questo modo di disporre.

Nel discorso istorico, che precede questo trattato, ( *sezione 4.* ) ho esposto la natura e la differenza di tutte queste diverse sostituzioni, ed ho fatto rimarcare gli abusi della sostituzione fedecommissaria, ed i motivi della sua abolizione.

( La nullità della sostituzione fedecommissaria produce la nullità della disposizione diretta e principale ),

III. Una disposizione che contenesse una sostituzione fedecommissaria, sarebbe essa nulla in modo assoluto ed indefinito? Sarebbe mai nullo soltanto il peso di restituire, e la donazione sussisterebbe a vantaggio di colui che fosse gravato di tal peso?

Tal quistione si è elevata nella Corte di appello di *Parigi*. Si è preteso che il legislatore abbia considerato nell'atto contenente sostituzione, due disposizioni; l'una costitutiva della donazione, l'altra relativa al peso di conservare e di restituire; che esista una nullità pronunziata soltanto per ciò che concerne quest'ultima disposizione; e che non n'esista in quanto riguarda la donazione diretta, che la legge lascia sussistere.



Cotesta opinione però non sembrami fondata, e deesi aver per fermo, che l'atto sia nullo in tutte le sue parti.

Non si rivoca in dubbio, che sotto l'antica legislazione secondo le leggi romane, la sostituzione fedecommissaria avrebbe potuto essere nulla, e sussistere poi la disposizione diretta. Ora però è ben altrimenti. Sotto l'antica legislazione poteva aver luogo ciò, perchè in essa si ammetteva quella specie di sostituzione. Attualmente però, appunto perchè la presente legislazione l'ha abolita, dessa ha adottato principj affatto diversi. La nullità dell'intera disposizione si deduce dai termini del 2.<sup>o</sup> §. dell'articolo 896, ove si dice, che ogni disposizione contenente il peso di conservare e restituire sarà nulla, *anche riguardo al donatario ed all'erede istituito, od al legatario.*

Qual mai fu la prima idea del legislatore? La sua intenzione fu di vietare le sostituzioni. *Le sostituzioni ( egli disse ) sono vietate.*

Ma egli non si limitò a questo: egli volle sviluppare tutta la estensione di cotesto divieto, e tutte le sue conseguenze. Nel far ciò egli prescrisse, che la disposizione la quale imponesse al donatario il peso di conservare e restituire ad un terzo, fosse nulla *anche riguardo al donatario ec.*

Nell'insieme dell'articolo 896 si ravvisa ad evidenza una nullità contro il terzo chiamato.

Oltre a ciò il legislatore istesso ha egualmente pronunziata una seconda nullità, e questa non può colpire se non il donatario, l'erede istituito, od il legatario. Questo, secondo tutte le regole gramaticali è il vero senso che risulta da quella locuzione *anche riguardo ec.*

La parola *anche* diventa una congiunzione estensiva di una nullità già pronunziata contro altri.

Il legislatore temette che dalla prima parte dell' articolo, *le sostituzioni sono vietate*, si deducesse soltanto la nullità del peso di conservare, e di restituire; e che si opinasse che la disposizione diretta dovesse avere il suo effetto in favore del gravato. Egli quindi discese alla spiegazione contenuta nella seconda parte, nella idea di rendere la nullità comune ed al chiamato ed al gravato. È impossibile di attribuirgli altra intenzione, se non si vuol supporre un modo di esprimersi molto straordinario, e lontano dalla esattezza del linguaggio.

D' altronde non dee recar meraviglia, che il legislatore abbia voluto annullare la disposizione in tutte le sue parti, tanto riguardo al terzo a cui doveva restituirsi, quanto rapporto al gravato. Fu suo divisamento di assicurare con ciò più positivamente l' abolizione delle sostituzioni. Il motivo che vel determinò fu, che nel caso di una sostituzione vietata dalla legge, la disposizione diretta diventa incerta. Non può essersi certo, che *Giovanni* nel dare a *Giacomo* col peso di restituire a *Pietro*, avrebbe disposto in tal modo, se avesse saputo che i beni non perverrebbero a *Pietro*; il quale secondo la sua intenzione era forse quegli che principalmente doveva essere gratificato.

D' altronde si temette che, annullando il peso di restituire senza che ciò producesse alcun effetto sulla disposizione diretta, il donatario diretto talvolta si potesse credere obbligato per delicatezza ad adempiere la condizione

di restituire, lo che sarebbe stato un mezzo onde perpetuare le sostituzioni contro il voto della legge.

Di più la disposizione dell' articolo 1050 del Codice civile ( 1006 ), il quale coincide coll' articolo 896, convalida l'esposte ragioni. Risulta da questo articolo 1050 ( 1006 ), che se una disposizione col peso di restituire non fosse fatta colle condizioni richieste dalla legge, tal disposizione sarebbe interamente nulla. Ciò sarà esaminato nella 3 parte di questo trattato, *cap. I. sezione I.*

Oso affermare esser queste le idee a cui bisogna appigliarsi in preferenza di quelle che risultano dalla decisione della Corte di Appello di *Parigi* del 7 *termidoro* anno 12, la quale ha giudicato in senso opposto. Questa decisione è riportata nella raccolta di giurisprudenza del Codice civile *vol. 2. pag. 405.* Egli è probabilissimo che se si riproduca la stessa quistione, sia diversamente giudicata.

Nella prima edizione di quest' opera mi era limitato a quanto testè ho detto su tal quistione. Dopo pubblicata detta edizione, è avvenuto quel che io aveva già preveduto. La quistione si è riprodotta, ed è stata decisa nel senso da me esposto.

La decisione più importante che possa citarsi su tal materia è incontrastabilmente quella pronunziata dalla Corte di Cassazione il 18 *Genajo* 1808 a sezioni riunite.

Ecco la specie di tal decisione. *Ponzio Rayet* avea fatto testamento il 24 *Giugno* 1787, con esso aveva istituito *Giovan Pietro Rayet*, uno de' suoi fratelli, erede generale ed universale,

*col peso di restituire l'intera eredità, allorchè cessava di vivere o anche prima se il voleva, al primogenito de' suoi figli maschi, ed in mancanza di maschi alla sua prima figlia.*

Il testatore era morto il 9 *termidoro* dell'anno 11 dopo la pubblicazione delle leggi del Codice civile intorno ai testamenti ed alle successioni.

Rimasero a lui superstiti, ed erano eredi legittimi due suoi fratelli, *Giovan Pietro*, suo erede testamentario, e *Guglielmo*.

Questi escluso interamente dalla successione del comune germano impugnò il testamento, domandandone la nullità per due motivi 1.º perchè conteneva una disposizione universale annullata dalle leggi del 17 *nevoso* e 22 *ventoso* dell'anno 2; 2.º perchè lo stesso testamento conteneva una sostituzione fedecommissaria, dichiarata nulla dagli articoli 896, 1048, 1049, e 1050 del Codice civile ( 942, 1003, 1004, e 1006 ), nullità, che ai termini di questi articoli rende nulla anche la istituzione.

Il 27 *pratile* dell'anno 12 il tribunal civile di *Cahors*, pronunziò sentenza, con cui senza decidere sul secondo mezzo di nullità, annullò il testamento di *Ponzio Rayet* per non essersi riformato e circoscritto ne' termini del diritto stabilito colle leggi del 5 *brumajo* e 17 *nevoso* dell'anno 2; ed ordinò la divisione della successione tra i due fratelli.

Su l'appello prodotto contro tal sentenza la Corte di Appello di *Agen* pronunziò decisione a 30 Aprile 1806, con cui rigettando il primo mezzo di nullità, ed adottando il secondo, dichiarò ch'erasi ben giudicato, atteso

che il tenore dell'articolo 896 del Codice civile sembra contenere assolutamente la nullità della sostituzione: che coll'espressione *anche riguardo al donatario, all'erede istituito, od al legatario*, il legislatore ha estesa la sua intenzione, e manifestato in modo non equivoco la sua volontà di abolire, non solamente il fedecommesso, ma benanche tutte le disposizioni alle quali era annessa cotesta condizione.

*Giovan Pietro Rayet* si provvide per cassazione contro tal decisione, per falsa applicazione, e violazione dell'articolo 896 del Codice civile. Il signor Merlin, Procurator generale, discusse con calore la quistione, e la mise nel maggior lume. Egli si decise pei principj adottati dalla Corte di Appello di *Agen*, e la decisione della Corte di Cassazione fu conforme alle di lui conclusioni.

La sua brevità permette di riportarne qui le parole. » La Corte dopo un *consultis classibus*, CONSIDERANDO, non potersi ammettere, che coll'articolo 896 del Codice civile « il legislatore abbia voluto annullare soltanto le sostituzioni; che se egli avesse così voluto, si sarebbe limitato a queste parole, *le sostituzioni sono vietate* »;

« CONSIDERANDO che la nullità della disposizione pronunciata dall'articolo si estende « *anche riguardo al donatario, all'erede istituito ed al legatario*; Che da questa addizione (la quale altrimenti sarebbe inutile) « risulta avere il legislatore divisato di togliere « al donatario, all'istituito, al legatario il vantaggio loro fatto, e per conseguenza annulla « la loro donazione, istituzione, o legato, - Ri-

« getta ec. » La decisione insieme colla conclusione del signor Merlin trovasi nel suo nuovo Repertorio universale di giurisprudenza vol. 12 alla parola *substitution fideicommissaire*. La decisione e l'estratto soltanto de' principali motivi sviluppati dal signor Merlin, sono riportati ancora nel giornale delle udienze della Corte di Cassazione del signor *Denevers*, anno 1808 pagina 163.

Coll'arresto testè riportato la quistione è stata decisa con le circostanze le più forti, in cui potesse presentarsi. In fatto si è rimarcato, che trattavasi di una sostituzione costituita in un testamento fatto in paese di diritto scritto, nel 1787; tempo in cui tal sostituzione era autorizzata dalle leggi: non pertanto poichè il testatore era morto sotto l'impero della nuova legislazione e tutto ciò ch'era indipendente dalle semplici forme del testamento, dovea essere regolato dalla legge vigente al tempo della morte del disponente, la Corte di Cassazione nel far l'applicazione dell'art. 896 del Codice civile non esitò punto ad annullare, non solamente la sostituzione, ma benanche la disposizione diretta e principale.

La Corte di Appello di *Bruxelles*, avea anch'essa pronunziata una decisione simile il 26 Aprile 1806 in epoca molto vicina a quella in cui decise la Corte di Appello di *Agen*, che avvenne il 30 dello stesso mese. Non può suporsi che l'una abbia influito sull'altra. La decisione della Corte di Appello di *Bruxelles* è riportata nel giornale del signor *Denevers*, *X. quaderno del 1806 pag. 147 e 148 del supplemento*. Finalmente la Corte di Cassazione a' 7



settembre 1810 pronunziò altro arresto conforme al testè citato del 18 gennajo 1808. Questa decisione è riportata nella raccolta del signor Denevers anno 1810 pag. 548 (a).

( La sostituzione per una parte della disposizione, porta la nullità di questa sola parte ).

IV. Se però vi fosse sostituzione, o peso di restituire per una parte soltanto della disposizione, cotesta disposizione sarebbe viziosa e nulla per questa parte soltanto, e dovrebbe conservare il suo effetto nel di più. In cotesta guisa è stato giudicato, in termini assoluti, dalla stessa Corte di appello di *Bruxelles* con decisione dei 14 luglio 1808. Questa decisione è riportata dal signor Merlin nel suo repertorio *loco citato*

(a) *La Corte di Liege decise in caso simile, nel modo medesimo, e la sua decisione rimase confermata dalla Corte di Cassazione di Parigi con decisione del 7 novembre 1810. La teoria esposta di sopra è rimasta confermata da molte altre decisioni somiglianti, e da un decreto del 31 ottobre 1810 — Veggasi Pailliet Manuel de droit français, sotto l'art. 896 del Codice civile.*

*La quistione circa la nullità dell'intera disposizione è ora estranea alla nostra giurisprudenza; perciocchè le leggi civili si sono allontanate dai principj del Codice civile su tale oggetto. Le dette Leggi mentre han conservato il divieto delle sostituzioni fedecommissarie han dichiarato che la nullità delle sostituzioni non lede la disposizione diretta e principale, che rimane in pieno vigore, caducandosi soltanto le sostituzioni anche del primo grado. ( art. 943 ). Sembra che il motivo il quale abbia determinato il legislatore a seguire in ciò i principj del diritto romano debba essere stato quello di sostenere il più che si poteva le volontà dei disponenti, per quella parte che non incontrasse il divieto espresso della legge.*



n. 3, e dal modo com'egli si esprime, si deduce facilmente che ne abbia approvata la decisione.

( La sostituzione apposta ad una donazione vicendevole, fatta prima del Codice civile, tra coniugi, i quali cessano di vivere sotto l'impero di questo Codice, produce la nullità della disposizione intera ).

V. Può dunque riguardarsi come un principio costante, che la nullità della sostituzione trae seco la nullità dell'intera disposizione. Questo principio è stato ammesso con parecchie altre decisioni delle Corti di appello, che crediamo inutile di riportare. Quella della Corte di Cassazione, di cui abbiamo fatto parola, basta per non far più rivocare in dubbio questo articolo di legislazione.

Diremo soltanto che la Corte di appello di *Bruxelles* decise nello stesso modo in una specie particolare, nella quale la disposizione annullata si presentava nell'aspetto il più favorevole per essere sostenuta: dessa però avea contro di se il rigore del principio stabilito coll'articolo 896 del Codice civile, che vi fu applicato.

Nella specie di questa decisione, ch'è del 6 dicembre 1809, il signor *de Wacquenaëre*, e la signora *Stobbeléere*, ch'eransi sposati nel 1768, avevansi fatta il 3 *frimajo* anno XI. una reciproca donazione di tutti i loro beni, la quale doveva aver effetto nel solo caso che non fossero nati figli dal loro matrimonio.

Con tale atto però fu stabilito che gli eredi del superstite tra essi, insieme con quelli i quali ne avessero altrimenti diritto, come eredi del premoriente, dividerebbero metà per metà, come

denaro contante, il giorno della morte del superstite, il quale avesse raccolta la disposizione, tutti i beni, che questi lasciasse.

Nel 1808 la signora *Stobbeléere* si morì; e nel 1809 cessò di vivere il di lei marito signor *Wacquenaère*. Questi lasciò un testamento olografo degli 8 dicembre 1808, col quale istituì suoi eredi, in esclusione degli altri suoi parenti e di quelli della sua moglie, i figli di sua sorella *Giovanna di Wacquenaère*, moglie di *Pietro Gauthier*, per una metà, ed i figli di suo fratello *Francesco* per l'altra metà.

A malgrado questa disposizione, gli eredi della moglie pretesero di aver diritto, in virtù dell'atto del 3 *frimajo*, anno *xi*. alla metà di tutti li beni lasciati da *Wacquenaère*, e subsidiariamente dedussero esser eglino gli eredi *ab intestato* della signora *Stobbeléere*.

Le conclusioni sussidiarie furono aggiudicate con sentenza del tribunale di *Gand*. Questa sentenza, di cui appellarono tutte le parti, fu confermata dalla Corte di *Bruxelles*. Quella Corte riconobbe in sulle prime nell'atto del 3 *frimajo* anno *xi*. una disposizione a causa di morte rinvocabile di sua natura. Definita in tal modo la disposizione, la Corte vi applicò il principio, che ogni disposizione a causa di morte debb'essere regolata, quanto ai suoi effetti, dalla legge vigente nel momento della morte del disponente. Ella opinò inoltre che la disposizione contenente sostituzione fedecommissaria era nulla in tutte le sue parti, secondo l'art. 896 del Codice civile (942).

Gli eredi della moglie aveano opposto, che

\*

la disposizione era stata accettata dal superstite, e da ciò ne avevan dedotto, che la disposizione doveva essere riguardata come già diventata irrevocabile.

La Corte di appello rigettò questo mezzo, e con ragione, dacchè con ciò, in risultamento, si sarebbe accordato al fatto delle parti la forza di sanzionare quel che la legge vietava. Questa decisione è riportata nella raccolta di giurisprudenza del Codice civile tom. 14, pag. 146 (a).

( Differenza in quanto alle sostituzioni relative a' majoraschi ).

VI. Quanto abbiamo fin quì detto intorno alla nullità della sostituzione fedecommissaria, ed intorno al vizio che ne risulta in danno dell'intera disposizione, è assolutamente estraneo alle sostituzioni relative ai majoraschi, i quali sono stati introdotti dopo la prima edizione di questo trattato, ed han dato luogo all'aggiunzione di un terzo paragrafo all'articolo 896 del Codice civile (946 e seguenti) nell'atto della sua revisione, la quale ebbe luogo il 3 settembre 1807. Questo paragrafo è così concepito. « Nulladimeno i beni liberi formanti  
« la dotazione di un titolo ereditario, che il  
« Re avrà creato in favore di un Principe o di  
« un capo di famiglia, potranno essere trasmessi  
« ereditariamente, nel modo che vien regolato

---

(a) *La seconda considerazione fatta dalla Corte di appello non calza coi principj delle Leggi civili del Regno, secondo le quali si caduca la sola sostituzione, e rimane fermo il dappiù dell'atto ( art. 943 ).*

« coll' atto del 3o marzo 1806, e coll' altro del  
« 14 agosto seguente. »

La istituzione dei majoraschi è una istituzione politica, che doveva attendersi dal momento in cui la Francia fu costituita in monarchia. Tutto ciò che regola questa istituzione forma un diritto pubblico particolare, il quale è una eccezione al diritto civile generale, che riguarda i cittadini relativamente alle transazioni ed agli atti ordinarij.

La introduzione adunque de' majoraschi, sostituzioni che in essi sono ammesse, e che debbono farne il fondamento, non impediscono che le sostituzioni fedecommissarie restino vietate in ogni altra circostanza, nel modo che già si è esposto, secondo i due primi paragrafi dell' art. 896 del Codice civile ( 942 ).

Ciò risulta da prima dai termini con cui il legislatore si esprime nel preambolo del decreto del 1 marzo 1808 concernente i majoraschi. I motivi della loro istituzione vi si enunciano in termini degni delle grandi vedute che vi han dato origine; ed è agevole d'intendere, che tali motivi sono estranei alle sostituzioni, che qualunque cittadino voglia stabilire nella sua famiglia, allorchè non trattasi di majorasco. Quindi vi si dice. « Abbiamo voluto in tal modo  
« stabilire l' eccezioni, che distinguono i ma-  
« joraschi dai beni sottoposti alle regole del  
« Codice civile, le condizioni delle loro istitu-  
« zioni nelle famiglie, ed i doveri imposti a  
« coloro che ne godono. »

La conseguenza stessa si deduce ancora dalla congiunzione avversativa, *nulladimeno*, colla quale principia il terzo paragrafo dell' art. 896

del Codice civile. Vedesi in esso, rispettivamente ai due primi paragrafi, una eccezione, o in altri termini, una derogazione puramente limitativa, e circoscritta ai casi enunciati nel terzo paragrafo.

Egli è quindi costante, che dopo l'addizione di questo paragrafo all' art. 896, le idee che già si erano formate intorno al senso de' due precedenti paragrafi non si sono alterate.

Non è del mio soggetto l'entrare in spiegazioni su quel che riguarda i majoraschi. I principj generali intorno a questa materia si contengono nel decreto de' 30 marzo 1806, e nell' altro atto de' 14 agosto seguente, e nel decreto del 1 marzo 1808. Può inoltre consultarsi quel che ne ha detto il signor Merlin nel nuovo repertorio di giurisprudenza alla parola *Duc.* n. 6 ed alla parola *Majorat* §. 6, ove egli riporta per esteso le disposizioni del senato - consulto e dei due decreti su enunciati (a).

(a) *I vincoli di sostituzione fedecommissaria cominciarono ad essere sciolti nei Reali Dominj di quà dal faro con Dispaccio Sovrano del 1805. Questo Dispaccio comprese i soli predj urbani della città di Napoli; ed ebbe occasione, da che avendo il terremoto del 25 luglio di quell'anno danneggiato tutte le fabbriche, divenne indispensabile di render liberi tai fondi per mettere i possessori nella circostanza di poterli conservare e migliorare.*

*A 27 settembre 1806 fu pubblicata una legge, che sciolse dal vincolo del fedecommissario le adoe, e le partite di fiscali, di arrendamenti o di carte bancali, di decima generale o particolare, e di qualunque altro credito contro lo Stato.*

*A 15 marzo ed a 18 giugno 1807 furono pubblicate due altre leggi: colla prima si abolirono in generale tutte*

(Del divieto di alienare e di disporre a titolo gratuito).

VII. Il divieto di alienare e di disporre a titolo gratuito imposto al donatario, all'erede,

---

*le antiche sostituzioni fedecommissarie, sotto alcune riserve pei chiamati viventi all'epoca della legge; e si vietarono le nuove sostituzioni pel tempo avvenire. Colla seconda si dichiararono comprese nell'abolizione delle sostituzioni fedecommissarie le chiamate al godimento di prelature, di commende familiari dell'Ordine Gerosolimitano, di legati pii e cappellanie laicali, e di qualunque beneficio senza cura di anime od obbligo di residenza.*

*Pubblicatosi il Codice civile, fu dichiarato con decreto de' 22 ottobre 1808 che la legge de' 15 marzo 1807 doveva eseguirsi in tutto ciò che non si opponeva alle disposizioni del Codice.*

*Con decreti de' 22 ottobre 1808 e de' 22 luglio 1813 furono aboliti tutti i padronati sopra beneficj curati e non curati, eccetto le dignità, i canonicati, le prebende, le porzioni e le partecipazioni delle Chiese cattedrali o collegiali.*

*Con altro decreto degli 11 settembre 1809 furono sciolti i monti familiari.*

*Finalmente colla legge del 2 agosto del 1818 furono abolite le sostituzioni fedecommissarie nei Reali Domini di là dal faro.*

*Dopo che si mise in osservanza il Codice civile, il quale aveva ammesso la istituzione de' majoraschi secondo alcune regole particolari, fu pubblicata la legge de' 21 dicembre 1809, la quale determinò i casi ed il modo in cui si poteva permettere la istituzione dei majoraschi in favore delle famiglie emerite; l'ordine di chiamata, e gli obblighi dei gravati e dei sostituiti.*

*Con tre decreti successivi de' 16 febbrajo 1810, dei 10 gennajo 1812, e degli 8 maggio 1813 si stabilirono altre regole intorno alle forme dei majoraschi.*

*In seguito però si recedette dal principio che avea ammessa la istituzione de' majoraschi in favore soltanto*



od al legatario, ed il di cui oggetto sarebbe quello, che la cosa donata rimanesse in una famiglia, si è sempre considerato come una sostituzione fedecommissaria, ossia un fedecom-messo di famiglia: ciò risulta da parecchie leggi romane, e particolarmente dalla legge 69 §. 3 ff. *de legat.*, et *fideicomm.* Perciò questo modo di disporre debb'essere riguardato come compreso nel divieto stabilito coll' art. 896 del Codice civile (942).

Dal modo onde mi sono espresso ognuno si persuaderà, che non intendo comprendere nella proibizione ogni clausola inserita in una disposizione gratuita, il di cui oggetto fosse soltanto d'impedire che il donatario si riducesse alla indigenza con indiscrete alienazioni, e di far che egli conservasse de' mezzi di sussistenza durante la sua vita; di modo ch'egli potrebbe disporre a titolo gratuito. Disposizioni di tal fatta, secondo il modo in cui sieno concepite, potrebbero non presentare un fedecom-messo: la loro esecuzione dipenderebbe da altri principj.

---

*delle famiglie emerite, e fu pubblicata a' 5 agosto 1818 una legge contenente un regolamento intorno alle formalità da serbarsi per la istituzione dei majoraschi. Secondo lo spirito di tal legge e regolamento poteva chiunque domandar il permesso d'istituire majoraschi.*

*Le disposizioni del detto regolamento furono trasfuse nelle Leggi civili sotto gli articoli 946 a 963 con diverse modificazioni ed aggiunzioni. Secondo tali leggi la istituzione dei majoraschi può dimandarsi dai soli nobili. Finalmente nella idea di agevolare la istituzione dei majoraschi si pubblicò a 17 ottobre 1822 una legge che modificò le disposizioni delle leggi civili intorno ai fondi da sottoporsi a-majorasco, ed i diritti ed obblighi degl'istitutori e dei chiamati.*



Su l'effetto della proibizione di alienare e di disporre a titolo gratuito in favore di estranei, può consultarsi quel che ne dice il signor Merlin nel nuovo repertorio di giurisprudenza sotto la parola *Substitution fideicommissaire*, sezione 8. n. 5, 6 e 7, sezione 10 § 4, art. 1, § 10. È agevole il persuadersi quali difficoltà possono sorgere da coteste disposizioni, stante la loro similitudine colle sostituzioni fedecommissarie. Sarà quindi più conducente di evitarle; e può conseguirsi facilmente cotesto scopo col fare una sostituzione, ne' casi in cui è permessa, secondo il capitolo 6 del titolo *delle donazioni e dei testamenti* del Codice civile.

Nondimeno giova far osservare, che con decisione de' 14 novembre 1809, riportata nella raccolta di giurisprudenza del Codice civile (vol. 14, pag. 146), la Corte di appello di *Bruxelles* giudicò, che quando un individuo è istituito nella proprietà assoluta di tutti i beni, il peso di restituire agli eredi dell'istitutore ciò ch'egli non avrebbe nè speso nè alienato, non costituisce una sostituzione fedecommissaria.

Questa decisione fu fondata sulla inefficacia della clausola in se stessa; poichè, avendo l'istituito la facoltà di spendere od alienare tutto, il peso di restituire si rendeva inefficace, e la donazione della proprietà era certa.

Bisogna ciò non ostante rimarcare, che, secondo gli antichi principj, simile disposizione avrebbe potuto considerarsi come fedecompresso, giusta le leggi 70 § 3 ff. *de legatis secundo*, 54 e 58 § 8, ff. *ad Trebellianum*. Vi erano delle regole che determinavano quel che l'istituito sotto tale condizione poteva vendere: il dippiù doveva

restituirsi. Su di ciò può riscontrarsi quanto dice *Merlin* nel suo nuovo repertorio di giurisprudenza, alla parola *substitution fideicommissaire*, sezione 10, § 9.

Quel che solo può giustificare la decisione è, che sotto una legislazione come quella risultante dall'articolo 896 del Codice (941 e 942), il quale fissa in un modo preciso ciò che costituisce una sostituzione fedecommissaria, bisogna attenersi a questa legislazione, senz'aver riguardo, almeno su questo punto, alle leggi romane, il di cui genio era di favorire e di estendere in modo particolare le sostituzioni. Si dee riconoscere la sostituzione fedecommissaria soltanto là dove necessariamente dee suppersi un peso di conservare e di restituire ad un terzo.

D'altronde si vede chiaro, che una clausola come quella che si rinviene nella specie della decisione della Corte di appello di *Bru-xelles*, mostra il desiderio di promuovere le difficoltà anzi che di evitarle.

( Della disposizione fatta colla facoltà di scegliere ).

VIII. La proibizione, di cui parliamo debb' estendersi eziandio su le disposizioni fatte con facoltà di scegliere. Io ho fatto osservare nel discorso istorico (sezione 4) quanto coteste specie di disposizioni, che partecipavano della natura del fedecommissario, erano contrarie alla purità degli antichi principj sulle disposizioni a titolo gratuito. Ivi ho riportato a questo proposito le parole della legge 32 ff. de hered. inst. la quale è interessante.

Quindi nel caso di una disposizione fatta

in favore di una persona, col peso di restituire ad un terzo a sua scelta, essendo chiaro che in essa si contiene una donazione gravata di fedecommesso, la donazione sarebbe assolutamente nulla.

Nondimeno vi erano delle disposizioni subordinate ad una facoltà di scegliere, le quali non contenevano una sostituzione. Ciò si verificava nel caso di una disposizione fatta in favore di colui il quale fosse scelto da un terzo, o indeterminatamente o tra più persone indicate.

Dopo la promulgazione del Codice civile però, non si ha la facoltà di fare una simile disposizione, la quale sarebbe nulla: la sua inammissione dee desumersi dal silenzio della nuova legge su questo modo di disporre. La liberalità debb' essere applicata ad un individuo determinato, per effetto di precisa volontà del disponente.

( Delle condizioni, le quali non formano una sostituzione fedecommissaria. )

IX. Ad oggetto che su questa materia non s' incorra in errori, i quali spesso sarebbero interessanti, è indispensabile di avere idee precise su quel che costituisce o no una vera sostituzione fedecommissaria. Bisogna esser cauto a non confondere con una sostituzione di simil natura le condizioni semplici dipendenti o no da un avvenimento, le quali possono apporsi alla disposizione, senza che ne risulti un fedecommesso.

Per poco che si sia versato in questa materia, si conosce, che tra le sostituzioni e le

condizioni esistono dei rapporti sensibili; e che non è vietato di legare sotto condizione. Molte leggi romane confermano le disposizioni condizionali, come rilevasi dai titoli del Digesto, *de condit. institut.*, e *de condit. et demonstr.*, e dalle leggi del Codice sotto il titolo *de instit. et substit. sub condit. factis*. Le leggi 108 § 3 ff. *de leg. primo*; e 59 §. 6 ff. *de hered. instit.*; rendono anche le medesime idee.

Finalmente la stessa convizione risulta da parecchi articoli del Codice civile, e particolarmente dall'articolo 900 (816). Si dice in questo articolo. « In qualunque disposizione » tra vivi o di ultima volontà si avranno per » non iscritte le condizioni impossibili, quelle » che fossero contrarie alle leggi o al buon » costume. » Con ciò il legislatore ha chiaramente ammessa qualunque condizione che non avesse tali caratteri, e che per conseguenza non avesse quello della sostituzione fedecommissaria, di cui aveva interdetto l'uso nell'articolo 896 (912).

Sotto una legislazione la quale, avendo abolite le sostituzioni fedecommissarie, ha annullate non solo le clausole della sostituzione, ma benanche la disposizione principale, ognuno ravviserà di leggieri quanto sarebbe pernicioso il confondere le condizioni che formassero una sostituzione fedecommissaria, colle altre che non racchiudessero germe di simile sostituzione. La sorte delle disposizioni sarebbe sovente compromessa.

Senza entrare in ispiegazioni talvolta metafisiche, per indicare i caratteri delle disposizioni le quali contengano fedecommissario, e quelli

delle altre che nol contengano., si possono in breve presentare taluni principj generali, che ci servan di guida.

Quel che essenzialmente costituisce una sostituzione fedecommissaria è *il peso di conservare e di restituire ad una terza persona*. Così precisamente il legislatore si è espresso nell' articolo 896 ( 941 ).

Segue da ciò , che per riconoscere in una clausola una vera sostituzione fedecommissaria, bisogna che vi si vegga una prima trasmissione degli oggetti compresi nella disposizione, ad un individuo che debba raccogliarli coll' obbligo di restituirli; di tal che vi sia un primo carattere nella persona di costui, e che di più vi si scorga una seconda trasmissione al terzo, cui i beni debbano essere restituiti, ed un secondo carattere sulla persona di questo terzo.

Suppongasì quindi, che siasi disposto nel seguente modo. « Istituisco *Giovanni* per mio « erede, e gli sostituisco *Giacomo*, cui lo in- « carico di passare i miei beni, quando mo- « rirà o in altro tempo determinato ». E' chiaro che in tal formola si contiene una vera sostituzione fedecommissaria.

Quel che la caratterizza tale è, ciò che i dottori chiamano *tractus temporis*, ( *il decorso di tempo* ); cioè la chiamata di due individui per raccogliere i beni l' uno dopo l' altro, vale a dire successivamente ( *ordine successivo* ).

Ogni altra chiamata di più persone in modo diverso da quest' ordine successivo può senza dubbio esistere; ma allora le persone chiamate a raccogliere possono esserlo sotto semplici condizioni, che non costituiscono il fedecompresso.

I modi di chiamare più persone sono diversi dal fedecommissso, e diventano semplicemente condizionali, allorchè il loro risultamento è di formare l'uno o l'altro de' seguenti tre ordini di cose, che ordinariamente si verificano, e che bisogna ben distinguere.

1.º O il disponente fa suo erede o legatario una persona, e prevedendo che costei possa essere nella impossibilità o nella incapacità di raccogliere l'effetto della disposizione, chiama un'altra persona per raccogliere in quel caso la disposizione.

Suppongasì che un disponente si esprima così. « Istituisco *Giovanni* mio erede, ed in » mancanza, o nel caso ch'egli non volesse o » non potesse raccogliere la mia successione, » io gli sostituisco *Giacomo* ». Egli è evidente, che questa formola contiene una sostituzione *diretta* o *volgare*, la quale ricade precisamente nel caso preveduto coll'articolo 898 del Codice (936), che la permette.

Ciò che caratterizza tal sostituzione è la mancanza di una chiamata con ordine successivo. Si potrebbe anche dire che, a propriamente parlare, questo modo di chiamata non presenta una condizione apposta alla disposizione, contro coloro in cui favore questa è fatta, e che per conseguenza la disposizione non è precisamente condizionale. La trasmissione da parte del disponente è limitata ad un sol individuo, e questo solo ne vien da lui rivestito; il carattere è impresso ad un solo, e l'evento ne decide. Può dirsi ancora che in quel caso la quistione riducesi alla caducità della donazione in persona del primo chiamato; donazione la quale conserva



poi il suo vigore in prò del secondo chiamato per virtù della disposizione istessa che stabilisce la sua chiamata.

2.<sup>o</sup> O il disponente ha voluto considerare due o più persone, ma senza voler stabilire un ordine successivo dell'una di esse alle altre e di queste tra loro; ed in modo che ciascuna di esse, dall'istante della morte del disponente abbia diritto ad una porzione determinata di beni assegnatale colla disposizione, o ad una somma da percepire su questi medesimi beni.

Suppongasi che il disponente faccia un erede, un donatario, o un legatario, con condizione, o stipulazione, che appena la disposizione abbia il suo effetto, si trasmetta ad un terzo designato e chiamato nello stesso atto una parte qualunque della disposizione; in tal caso è evidente che non esiste affatto sostituzione fedecommissaria.

La ragione n'è semplicissima: i chiamati non lo sono con ordine successivo (*ordine successivo*) ma, come dicono i dottori, con ordine congiuntivo (*ordine conjunctivo*). Non vi è affatto decorso di tempo, (*tractus temporis*). Ciascuno de' chiamati è investito nell'istante medesimo, con eguale diritto, e con un solo atto dell'oggetto che lo riguarda.

La conferma di quanto abbiamo detto, anche intorno alla donazione, sorge dalla disposizione dell'articolo 1121 del Codice civile (1075) concepito ne' seguenti termini. « Si può egualmente » stipulare a vantaggio di un terzo, quando sia » tale la condizione della stipulazione, che si » fa per se stesso, o di una donazione che si » fa ad altri. » Colui, che ha fatto questa sti-



pulazione non può più rivocarla, se il terzo ha dichiarato di volerne approfittare (a).

Potrebbeasi eziandio comprendere nella stessa classe la disposizione, il cui risultamento sia, che dal momento in cui la medesima debba avere effetto, qualora si tratti di disposizione a causa di morte, la proprietà appartenga ad uno, e l'usufrutto solo ad un altro. Vegga-si quel che su tale oggetto diremo quì appresso, al n.º XII.

3.º O il disponente dona ad una persona, o anche a più persone congiuntamente, ma sotto una condizione eventuale, verificandosi la quale rimanga revocata la disposizione. In tal caso è chiaro, che la condizione può non contenere una sostituzione fedecommissaria.

Ciò è evidentissimo, ove si tratti di semplice condizione eventuale, che di sua natura sarebbe revocatoria o sospensiva, ancorchè non vi sia stata menoma idea del ritorno de' beni ad una persona diversa dall'erede del disponente; di modo che la disposizione, per effetto dello avvenimento, rimane annullata. In tal caso sono applicabili le teorie delle condizioni in generale,

---

(a) *Nel Codice civile abolito erasi tradotto nei termini di sopra riportati l'articolo 1121 del Codice francese. Le nuove Leggi civili però nel conservarne la disposizione nell'articolo 1075 ne han migliorata la locuzione della prima parte nel seguente modo. „ Si può „ egualmente stipulare a vantaggio di un terzo quando „ ciò formi condizione di una stipulazione che si fa „ per se stesso, o di una donazione che si fa ad altri. „ In tal modo si è renduto più chiaro il caso in cui è permesso di far parola di un terzo non presente all'atto.*

le quali possono apporsi eziandio alle donazioni tra vivi, senza viziarne la sostanza, anche sotto al rapporto dello sproppriamento dei beni, e della massima *donare e ritenere non è valido*; come diremo nel presente trattato, quando giugneremo a ciò che costituisce la donazione tra vivi.

Noi adunque esporremo per ora degli esempj, che concernono soltanto le condizioni sospensive o revocatorie in generale. Ne indicheremo per gli esempj che presentano maggior difficoltà, ed in cui potrebbe dubitarsi se vi esista o nò sostituzione fedecommissaria, mascherata sotto le sembianze di una condizione semplice ed ordinaria.

*Primo esempio.* Suppongasì che Tizio abbia legato in antiparte il quarto dei suoi beni, in favore di quello de' suoi due figli, *Simone* ed *Amabile*, il quale vivesse fino all'età di anni 21, trovandosi l'altro morto; e che nel caso in cui ambi giugnessero all'età maggiore, egli abbia donato le tre quarte parti del detto quarto al primogenito, e la rimanente quarta parte al secondogenito. Se avviene che *Simone* cessasse di vivere nella minore età, *Amabile* debbe avere la totalità del quarto, e ciò non gli si potrebbe contrastare dagli altri figli.

Nell'esposto caso non esiste sostituzione fedecommissaria. Il superstite tutto ripete dal padre, e nulla da suo fratello. L'intera disposizione rimane in sospeso fino alla maggiore età. Se le leggi permettono che resti in sospeso l'intera eredità, a più forte ragione debb'esser così per un semplice legato: qualora si compia

la condizione preveduta, dessa ha un effetto retroattivo, per cui quegli tra fratelli che sopravvive, è considerato come se abbia raccolto l'intero legato dal dì della morte del testatore.

Henrys consultato sulla quistione la risolvette in cotesta guisa. Egli ne parla sotto il rapporto della costumanza di *Alvergna*, nella quale, giusta l'articolo 53 del capitolo 12, una sostituzione fedecommissaria fatta con testamento sarebbe stata nulla; mentre la disposizione sarebbe stata valida se avesse contenuta una semplice condizione eventuale. La di lui dissertazione su questo proposito è inserita nelle sue opere, *vol. 3, lib. 6, quistione 23.*

Chabrol, sulla costumanza di *Alvergna*, (*vol. 2, pag. 127*) segue la medesima opinione. Egli dice, che l'avviso di Henrys fu seguito in una sentenza del *Siniscalcato di Alvergna in Riom*. Egli prova, su l'appoggio di antichi documenti degni di fede, che Brodau, il quale fu anche consultato su la medesima quistione, aveva portato la stessa opinione.

*Secondo esempio.* Se un padre legasse alla sua moglie un quarto o altra quota dei suoi beni, nel caso che i di lui figli morissero prima di lei, in tale disposizione esisterebbe forse una sostituzione fedecommissaria, o semplicemente una condizione eventuale, che non vizierebbe la disposizione medesima?

Tal quistione è stata sempre l'oggetto di gravi discussioni nelle costumanze, come quelle di *Alvergna* e del *Borbonese*, secondo cui il legato sarebbe stato nullo se avesse contenuto una vera sostituzione fedecommissaria, e sarebbe stato poi valido se vi si fosse contenuta una semplice condizione eventuale.

Gli antichi tribunali di *Alvergna e del Borbone*, avevano pronunziata con molte sentenze la nullità di somigliante disposizione, sul fondamento ch'essa presentava una sostituzione fedecommissaria. Così ci assicurano Chabrol per la prima costumanza *pag. 128 e 129*, ed Aurox des Pomiers per la seconda su *l'art. 324 n.º 19*. Essi dicono ch'essendosi chiamata la moglie in difetto e per la premorienza del figlio, bisognava considerare questo legato coll'occhio stesso, come se il figlio fosse stato istituito e gravato di restituire alla sua morte; che si era preso un rigiro per eludere la disposizione della costumanza, la quale proibiva la sostituzione fedecommissaria per testamento; che, in una parola, era una vera sostituzione mascherata.

Posteriormente però, al dire degli stessi autori, fu deciso il contrario dai medesimi tribunali. Eglino aggiungono, che gli avvocati tanto di quelle due provincie, quanto di Parigi erano stati di quest'ultima opinione; e ravvisasi, che tale era anche l'opinione di quei due autori.

Questo sentimento era bassato sulla idea, ch'erasi lasciato alla madre un legato sotto una condizione eventuale; che il figlio non era nè gravato di restituire, nè istituito; che quello era un legato condizionale, non vietato dalla costumanza; e che verificatasi la condizione, il legato era diventato puro e semplice.

In quanto a noi non sapremmo adottare questa seconda opinione. Senza dubbio, secondo l'articolo 896 del Codice civile (941), perchè vi sia sostituzione, bisogna che vi sia il peso

di conservare e di restituire. Ma è egli necessario che questo peso sia espresso? Non basta forse che la clausola non possa eseguirsi altrimenti se non come sostituzione, qualunque sia la forma che le si sia data?

Or la clausola in controversia presenta in fatto necessariamente una sostituzione fedecommissaria. La moglie o qualsivoglia altro legatario, non è certamente legatario dell'usufrutto. Il legato in suo pro consiste nella proprietà. Ma dire che questa medesima proprietà apparterebbe da prima a figli, in virtù del diritto di successione, e che costoro goderebbero degli oggetti legati dall'istante della morte del disponente; e dire poi che la moglie avrebbe in virtù del legato la proprietà, se i figli cessassero di vivere prima di lei, vale lo stesso, che fare apertamente una sostituzione. I figli sono gravati del peso di conservare e di restituire. E sì fatta disposizione rientra nella sostituzione pupillare, che anticamente aveva luogo secondo le leggi romane. Pare quindi difficile che una disposizione, qual'è quella del soggetto caso, possa sottrarsi al divieto sanzionato coll'articolo 896 del Codice civile (942), ed alla nullità che n'è la conseguenza.

Del resto ognun sente di leggieri, che la prudenza esige sempre di scegliere delle disposizioni, le quali, soddisfacendo il voto dei disponenti, sieno tali da allontanare tutte le difficoltà che potrebbero comprometterne l'esito. E se proponiamo tali esempj, lo è perchè si sono già verificati, e perchè ci sono sembrati proprj a meglio rischiarare una discussione, che abbiám creduto utile, per evitare che s'inciampi in

una sostituzione fedecommissaria, (la di cui abolizione trae seco la nullità della donazione diretta), mentre si crede di essere nel caso di una semplice condizione eventuale, la di cui stipolazione non reca nocumento alla disposizione; salvo nondimeno la verifica dell' avvenimento (a).

*Terzo esempio.* Si supponga che *Tizio* abbia fatto un legato ad un terzo colla condizione, che se il legatario cessasse di vivere senza figli e discendenti, l'oggetto legato ritornasse agli eredi del disponente o a qualsivoglia altra persona designata. Anticamente si sono fatte di somiglianti disposizioni. Una di esse forma il soggetto di una dissertazione di Chabrol sulla costumanza di *Alvergnà* (vol. 2. pag. 227); ed io stesso ne ho veduto l'esempio in un testamento fatto sotto l'impero del Codice civile.

Può dirsi, che in questo caso si contenga una sostituzione fedecommissaria, che annulli tutta la disposizione? La stessa controversia, ch'ebbe luogo intorno al caso precedentemente esposto, si agitò rapporto al caso presente, nei tempi andati, nel *Siniscalcato di Alvergnà*. Il suriferito autore ha sostenuto vigorosamente l'opinione, che vi era solo una condizione eventuale, e non una sostituzione fedecommissaria.

Potrebbe dirsi, che la disposizione, in ipotesi, sia in effetto la donazione dell'usufrutto degli oggetti legati al legatario, se a

---

(a) Secondo l'articolo 943 delle Leggi civili non si annullerebbe l'intera disposizione, ma, caducandosi la sostituzione, rimarrebbe adempiuta pel dappiù la volontà del disponente.



morte sua non lasci discendenti, e la donazione della proprietà se ne lasci. Il disponente preferisce certamente il legatario ed i figli o discendenti di costui ai suoi proprj eredi; ma egli nel tempo stesso preferisce costoro agli eredi collaterali del legatario. Or potrebbe dirsi che in ciò non apparisce di esservi sostituzione fedecommissaria. Ogni disposizione, ch'è subordinata semplicemente al caso o della sopravvivenza o della esistenza dei figli nel tempo della morte, sembra che sia soltanto sottoposta ad una condizione meramente eventuale; ed in tal caso si sarebbe naturalmente ricondotto al principio che qualunque donazione, anche tra vivi, può validamente farsi sotto una condizione eventuale sospensiva o revocatoria.

Ma contro quanto abbiamo fin qui detto sorgono gravi obbiezioni. In fatti può opporsi, che se una clausola come quella che abbiamo supposta non porta seco l'obbligazione di conservare e di restituire in modo assoluto ed indefinitivo, essa non lascia di contenerla quantunque condizionalmente e nella supposizione di un avvenimento; che la disposizione non si è fatta direttamente ad un individuo sotto semplice condizione eventuale, sospensiva o revocatoria; che essa si è fatta ad un individuo col l'obbligo di conservare e di restituire; che in tal caso esisterebbe una chiamata di più persone con *ordine successivo*, conseguentemente la disposizione ricade nel divieto sanzionato coll'articolo 896 del Codice civile (942).

In cotesta guisa, allorchè si è presentata la quistione, è stata risolta con parecchi arresti.

La Corte di appello di *Bruxelles*, colla de-



cisione de' 26 aprile 1806, che abbiamo riportata al numero III., per istabilire che la sostituzione trae seco la nullità della disposizione diretta e principale, ha deciso che una donazione della eredità de' donanti, *col peso che i beni ritornassero per metà ai loro rispettivi eredi, nel caso in cui il donatario morisse senza figli*, abbia il carattere di una sostituzione; giacchè il donatario, verificandosi il caso preveduto, era tenuto di conservare e di restituire la successione; e che da quel momento tal donazione era nulla anche riguardo al donatario. Questa decisione è riportata non solo nella raccolta di Denevers, (anno 1806 *quaderno 10, pag. 147 e 148 del supplimento*), ma benanche nella raccolta di giurisprudenza del Codice civile, (vol. 6 pag. 417). È agevole di ravvisare l'applicazione che ne facciamo all'esempio che trattiamo.

Vi è di più: la Corte di appello di *Aix* con decisione de' 5 giugno 1809 giudicò esservi sostituzione, e conseguentemente esser nulla la intera disposizione in una clausola in cui si diceva « che qualora il legatario moriva senza discendenti, prima dell'età di ventiquattro » anni, *Pietro e Paolo* dividessero il suo legato ». Questa decisione trovasi nella raccolta di giurisprudenza del Codice civile, vol. 13 pag. 241.

Alle autorità esposte in sostegno di questa opinione se ne aggiugne un'altra di grandissimo peso, la quale può dirsi decisiva. Intendiamo parlare di un decreto imperiale del 31 Ottobre 1810, inserito nel *Bullettino delle leggi*, 4. serie vol. 13, pag. 490. Questo decre-

to riguarda un legato fatto in favore di un Ospizio, e che in parte era gravato di sostituzione. Desso fu profferito sul rapporto del Ministro dell' Interno, udito il Consiglio di stato.

Con un primo codicillo del 5 piovoso anno XIII. la signora *Peronne-Malloz*, vedova di *Giacomo Piot*, aveva legato all'ospizio di *Bois-Commun* (dipartimento del *Loiret*) quattro jugeri di prato (due *ettari* e quattro *ari*).

Con un secondo codicillo de' 7 marzo 1809 ella modificò la sua prima disposizione, ordinando, che dei quattro jugeri di prato legati all'ospizio se ne staccasse uno in favore di *Giuliana Françoise*, figlia naturale, colla condizione che morendo costei senza figli, la porzione dell'immobile a lei spettata, ritornasse all'ospizio di *Bois-Commun*.

Il Governo opinò, che il secondo codicillo conteneva una vera sostituzione; che perciò ogni disposizione in esso contenuta era nulla; e che essendo intiera la disposizione contenuta nel primo codicillo, doveva la medesima avere il suo effetto.

Il Governo però volendo esercitare un atto di generosità degno di se, concesse a *Giuliana Françoise* il godimento, durante la sua vita, del jugero di prato che la signora Piot avevale destinato col secondo codicillo de' 7 marzo 1809. In conseguenza l'amministrazione dell'ospizio fu autorizzata di accettare il legato de' quattro jugeri di prato con tal peso.

È essenziale per la quistione che trattiamo, il meditare su i motivi del decreto, ch'è importante di quì riportare.

« Considerando che il secondo codicillo con-  
» tiene una vera sostituzione , la quale ai ter-  
» mini dell' articolo 896 del Codice civile ren-  
» de nulla tutta la disposizione ; e che perciò  
» i diritti dell' ospizio restano intieri, tali qua-  
» li erano stabiliti nel primo codicillo ; »

« Volendo nondimeno conciliare il rispetto  
» dovuto alla legge , con quello dovuto alle in-  
» tenzioni della benefattrice dell' ospizio. »

« Abbiamo decretato e decretiamo quanto  
» segue ; ec. »

*Quarto esempio.* Vi sarebbe mai sostitu-  
zione , e conseguentemente nullità dell' intera  
disposizione, nel caso del legato di una somma  
da pagarsi a ciascuno dei figli a misura che  
si maritassero , con clausola di sostituzione de-  
gli uni a vantaggio degli altri ?

Egli è difficile di non ravvisare in questa  
disposizione una vera sostituzione , poichè ella  
contiene una chiamata di più persone con *or-  
dine successivo* , lo che importa la necessità di  
conservare e di restituire. Anche la Corte di  
*Bruxelles* ha giudicato in tal guisa con deci-  
sione de' 14 luglio 1808 riportata nella raccol-  
ta di Giurisprudenza del Codice civile vol. 11  
pag. 312 (a).

---

(a) Rispettiamo la opinione dell' autore , e quella  
della Corte, ma crediamo poter dire che l' avviso testè ri-  
portato non sembra interamente regolare. Se la disposi-  
zione portasse che ciascuno dei figli, il quale avesse esatto  
il legato , morendo senza discendenti avesse dovuto resti-  
tuire ai superstiti il legato percepito , vi sarebbe veramente  
il peso di conservare e di restituire e conseguentemente una  
disposizione vietata e nulla. Ma se la cosa fosse altri-

*Quinto esempio.* Suppongasi una disposizione testamentaria fatta in favore di due persone congiuntamente, con dichiarazione, che la cosa legata appartenesse in totalità al superstite: conterrebbe essa mai una sostituzione proibita dall' articolo 896 del Codice civile ( 941 e 942 ) che per conseguenza porterebbe la nullità di tutta la disposizione?

Tal quistione presenta grandi difficoltà. Da una banda può dirsi, che ciascun legatario s' impossessa della sua metà dell' oggetto legato, e ch' egli debbe conservarla e restituirla a colui il quale gli sopravviva. D' altra banda può opporsi, che il legato, essendo stato fatto a due persone congiuntivamente, la porzione del premoriente ricade al superstite piuttosto per una specie di accrescimento, che per effetto di sostituzione. Vi è una chiamata simultanea dei due legatarj in ordine congiuntivo ( *ordine conjunctivo* ), anziché con ordine successivo ( *ordine successivo* ). Ciascuno debb' esser considerato come usufruttuario della sua metà, e quest' usufrutto debb' essere consolidato colla proprietà dell' intero in favore del superstite: lo

---

*menti, come dalla giacitura dell' esempio sembra che debba essere, cioè che qualora uno dei figli non si maritasse, la porzione di costui si devolverebbe agli altri che si fossero maritati, e che percepito una volta il legato per lo seguito matrimonio non vi fosse più obbligo di restituzione; se così fosse, dico, non esisterebbe la sostituzione fedecommissaria vietata, ma semplicemente una sostituzione diretta dipendente dallo sviluppo di una condizione potestativa per parte del legatario, la quale non vizia per niun verso la disposizione.*

che rende il legato puramente condizionale , senza che vi sia vera sostituzione.

In tal guisa ha giudicato la Corte di cassazione con decisione del 26 luglio 1808 , portata nel giornale di Denevers *anno 1808 pag. 371.*

La Corte di appello di *Besançon* ha giudicato nella stessa guisa con decisione de' 29 marzo 1811 riportata nella raccolta di giurisprudenza del Codice civile , *vol. 16 pag. 217.* Questa decisione fu pronunziata nella specie di un legato fatto *a tre individui ed al superstite de' tre.*

Si legge ne' motivi di quest' ultima decisione « che lo spirito generale della giurisprudenza , tanto delle Corti di appello , quanto della Corte di Cassazione , è di annullare come fedecommissaria una disposizione fatta dopo il Codice , sempre che presenti necessariamente un fedecommissario , di tal che non possa sostenersi in altro modo ».

« Che applicando questi principj alla clausola in contestazione, si ravvisa, come costa per fatto , ch'essa presenta un legato fatto congiuntivamente , il quale comprende un diritto di accrescimento , il cui effetto è di assicurare la totalità del legato al superstite dei tre legatarj , nel caso in cui gli altri due fossero premorti al testatore ».

« Che questo effetto stabilito col Codice civile è stato semplicemente spiegato dal testatore , e che questa spiega non può viziare la clausola contestata ».

« Che ove volesse pretendersi , che i termini, *il superstite de' tre* , non debbano esser inutili , e debbano produrre un effetto , dovrebbe

» be riguardarsi questa clausola come contenen-  
 » te una sostituzione volgare ; e che considerar  
 » si dovrebbe che il testatore avesse chiamato  
 » il superstite de' tre , nel caso in cui i due  
 » primi fossero premorti a lui.

« Che in questo caso il legato dovrebbe es-  
 » sere sostenuto, secondo l'articolo 898 del Co-  
 » dice civile ( 936 ), giacchè non presenterebbe  
 » necessariamente un fedecommesso.

« Che finalmente , se le leggi romane pos-  
 » sano invocarsi per valutare il testamento ,  
 » tutto quel che potrebbe ravvisarsi nel legato ,  
 » sarebbe una sostituzione compendiosa ; e che  
 » il signor Merlin , nella terz'aggiunzione al  
 » repertorio , *vol. 12 pag. 288*, insegna che la  
 » sostituzione compendiosa ha il suo effetto come  
 » volgare , di modo che , anche sotto questo  
 » rapporto , il legato dovrebbe essere confer-  
 » mato ».

*Sesto esempio.* Un legato fatto ad un ni-  
 pote , *suoi eredi o successori*, non comprenderebbe una vera sostituzione.

Così è stato giudicato, e con ragione, dalla  
 Corte di appello di *Aix*, con decisione del 18  
 gennajo 1808, riportata nella raccolta di giu-  
 risprudenza del Codice civile, *vol. 2. pag. 14.*

I motivi della decisione sono. « Atteso che  
 » altra volta, quando le sostituzioni erano per-  
 » messe, non s'induceva fedecommesso dalla  
 » chiamata degli eredi, per la ragione che,  
 » *niuno può essere obbligato verso i suoi pro-*  
 » *prj, eredi del pari che niuno può essere erede*  
 » *di se stesso* ; massima anche più evidente  
 » quando la parola *erede* è, come nella specie,  
 » aggiunta e legata alla parola *successore*, che



» nella sua generalità , comprende ogni indivi-  
» duo che subentra nei diritti di un' altro , a  
» titolo universale o particolare , gratuito od  
» oneroso » (a).

*Settimo esempio.* Se un disponente avesse chiamato in secondo grado , pel caso in cui il primo chiamato non disponesse altrimenti , questa disposizione non conterrebbe una sostituzione propriamente detta. Tal clausola sarebbe riguardata come non scritta , e non produrrebbe alcun effetto.

In tal modo cotesta quistione , presentatasi in un caso tanto singolare che probabilmente non più si verificherà , è stata giudicata dalla Corte di appello di *Parigi* , il 25 febbrajo 1808. La decisione si trova nella raccolta di *Sirey* , anno 1810 , pag. 493 , parte 2.

*Ottavo esempio.* Se un testatore imponesse al suo erede istituito o al legatario , l'obbligo di stabilire una sostituzione , questa disposizione conterrebbe effettivamente un peso , che l'annullerebbe in tutte le sue parti , per effetto dell'articolo 896 del Codice civile il quale è applicabile a questo caso.

In tal guisa è stato giudicato , con decisione della Corte di *Bruxelles* il 20 febbrajo 1809. Questa decisione è riportata nella raccolta di *Sirey* anno 1810 , pag. 493 , parte 2.

---

(a) *Sembra che l'effetto della proposta clausola , nel soggetto esempio , sia semplicemente , che qualora al tempo della morte del disponente si trovi trapassato il nipote legatario , possano i suoi eredi chiedere il legato ; lo che non potrebbe aver luogo nel caso che si fosse contemplato il solo nipote.*

*Altri esempj.* Finalmente abbiamo già avuto occasione di citare due decisioni colla idea di stabilire altri principj. Queste decisioni presentano due specie, di cui l'una offre l'esempio di una clausola, in cui si è riconosciuta una sostituzione; e l'altra presenta l'esempio di una clausola, in cui si è dovuto riconoscere una semplice condizione.

La prima di tali decisioni pronunziata dalla Corte d'appello di *Bruxelles*, il 6 dicembre 1809 è stata testè riportata al numero V. L'altra pronunziata a' 14 novembre dello stesso anno dalla medesima Corte l'abbiamo riportata sotto al numero VII. Per brevità ci limitiamo a rinviare il lettore ai luoghi che abbiamo indicati.

Può eziandio trovarsi l'esempio di una novella clausola che non contenga una sostituzione, nella specie della decisione della stessa Corte di *Bruxelles* de' 13 dicembre 1809, che noi rapporteremo in seguito al numero XII. *in fine.*

(Delle espressioni » *io sostituisco*, *io prego* ec.).

X. Se l'autore di una disposizione si fosse così espresso. « Io istituisco *Paolo*, e gli » sostituisco *Giacomo* » vi sarebbe mai una sostituzione fedecommissaria proibita?

Questa locuzione, nelle disposizioni suscettibili di sostituzioni fedecommissarie, avrebbe potuto sotto l'antica legislazione, essere considerata come contenente una sostituzione di tal natura; perchè nella legislazione francese la parola *sostituzione* era presa nel senso di una sostituzione fedecommissaria, più particolarmente che nel diritto romano, nel quale questa parola

era più appropriata alla sostituzione diretta o volgare, e nel quale la sostituzione fedecommissaria era quasi sempre espressa col nome di fedecompresso, come ho fatto osservare nel discorso storico quando ho parlato delle sostituzioni. Thevenot-Dessaules, nel suo trattato delle sostituzioni, *capitolo 11, num. 219*, e *capitolo 23*, dice, che la opinione costante del foro Parigino era, che le parole *io sostituisco*, formavano, di per loro sole, una sostituzione fedecommissaria.

Sotto la legislazione attuale però, la quale vietando la sostituzione fedecommissaria, annulla non solo la sostituzione ma benanche la disposizione principale e la quale caratterizza la sostituzione fedecommissaria per l'espresso obbligo di conservare e di restituire ad un terzo, son di opinione, che la semplice locuzione *io sostituisco*, non dovrebbe essere considerata come una sostituzione fedecommissaria, e non dovrebbe viziare la disposizione primitiva. Non bisogna perdere di vista il principio consacrato da molte leggi romane tanto pei testamenti, quanto pei contratti, che ogni espressione ambigua od equivoca debb' essere interpretata piuttosto nel senso che faccia sussistere l'atto, che nel senso in cui l'atto rimarrebbe distrutto.

Per la medesima ragione queste espressioni, *io prego il mio erede di restituire ec.*, *io desidero*, *io bramo ec.*, non costituirebbero punto una sostituzione fedecommissaria. È indispensabile, secondo l'articolo 890 del Codice civile (941 e 942), l'imposizione del peso, l'obbligazione espressa. Così pure è stato giudicato con decisione della Corte di cassazione il 5 gen-

najo 1809 (a) riportata nel repertorio universale di Merlin all' articolo *substitut. fedecom.*, sez. 8 numero 6, e nella raccolta di Denevers anno 1809, pag. 402.

( Di una disposizione, che abbia l'apparenza di una sostituzione fedecommissaria, senz'averne la realtà ).

XI. È qui a proposito l'osservare, che può esservi una disposizione col peso di conservare e restituire, la quale non debba regolarsi coll'articolo 896 del Codice civile ( 941 e 942 ), e che sia valida in tutte le sue parti.

Se per esempio, il disponente avesse un figlio od il più prossimo crede collaterale chiamato dalla legge, il quale fosse assente, e della cui esistenza si fosse incerto, sarebbe egli giusto di annullare in tal circostanza una disposizione, che fosse fatta in favore di qualunque altra persona, col peso di conservare e di restituire all'assente al suo ritorno; e colla condizione, che se fra un determinato tempo non si verificasse il di lui ritorno, ovvero non si avessero nuove dell'assente, l'effetto della disposizione rimanesse a vantaggio del chiamato in mancanza dell'assente, e fosse lo stesso da quell'istante rivestito definitivamente? Celebri giureconsulti, che meco dividevano l'opinione sul modo d'interpretare l'art. 896 ( 941 e 942 ), e che al pari di me, pria delle posteriori decisioni, ne deducevano la nullità

---

(a) Questa decisione confermò quella pronunziata nello stesso senso dalla Corte di appello di Bruxelles a' 4 aprile 1807 contro cui si era ricorso.

dell'intera disposizione, hanno nondimeno opinato, che la disposizione di cui trattasi non debba essere colpita della nullità pronunziata colla seconda parte del detto articolo 896.

In verità non sarebbe certo chi ne avrebbe la proprietà: ma tale incertezza non sarebbe conseguenza della disposizione; dessa avrebbe luogo egualmente senza di ciò, anche per effetto delle savie precauzioni stabilite dal Codice civile, al titolo *degli assenti*, relativamente ai loro beni; soprattutto in quel che riguarda i diritti eventuali che possono loro pervenire durante l'assenza. Da ciò risulta una lunghissima incertezza che il disponente potrebbe raccorcicare, e numerose formalità ch'egli stesso potrebbe evitare.

Io porto adunque avviso, che una disposizione di tal natura, di cui ho già veduto un esempio, ricaderebbe, per la circostanza particolare dell'assenza, nell'articolo 898 del Codice civile (936). Sì fatta disposizione in risultato non presenta se non una sostituzione volgare o diretta; poichè un terzo è chiamato a raccogliere la donazione, la eredità, od il legato nel caso in cui quegli il quale per diritto di sangue dovrebbe avere l'oggetto donato, non potesse raccogliarlo: e tal caso è simile a quello enunciato nel detto articolo, il quale suppone un donatario, un erede istituito, od un legatario già nominato, il quale non raccolga la donazione, la eredità, od il legato.

Questo esempio prova, che quantunque in una disposizione si adoperino le parole identiche di un articolo della legge proibitiva, ciò non ostante, la disposizione può, per circostanze par-

ticolari non avere il carattere che forma l'oggetto del divieto, e ricadere nell'applicazione di altro articolo che la permetta.

Vi sarebbe un più sicuro mezzo onde evitare le difficoltà; sebbene nella sostanza la disposizione fosse la stessa, e la differenza risultasse solo dal modo della redazione.

Tal mezzo, nel caso in cui versiamo, sarebbe quello di legare direttamente a *Giovanni* assente, nel caso che ritornasse fra un determinato tempo, ed a *Giacomo* qualora *Giovanni* non ritornasse fra tal periodo. Potrebbe eziandio legarsi a *Giacomo* l'usufrutto sino al ritorno di *Giovanni*.

Chabrol sulla costumanza d' *Alvergna*, vol. 2, pag. 130 nel cercar la differenza tra ciò che costituirebbe solo condizione, e quel che formerebbe sostituzione fedecommissaria, decide che vi sia condizione, e non sostituzione, in una disposizione con cui un legato sia fatto da una madre, prima a suo figlio, ed in caso che questo figlio, il quale era assente, non ritornava, a due sue figlie: questo legato dice l'autore fu loro aggiudicato, poichè il loro fratello non più ritornò.

(Delle clausole che in risultamento conferiscono l'usufrutto ad uno e la proprietà all'altro).

XII. Esiste benanche un'altra specie di sostituzione, che si approssima alla fedecommissaria, e la di cui confusione con tal sostituzione ha dato luogo a tante contestazioni: inconveniente che per altro non più avrà luogo dopo l'articolo 899 del Codice civile (944).

Io intendo parlare di una disposizione, che



contenga separatamente donazione della proprietà, e dell'usufrutto a persone diverse. Per formarsi esatta idea su quest'oggetto, egli è opportuno riportar qualche esempio.

Io ne attignerò prima dal diritto romano ch'è stato la sorgente delle difficoltà che si sono elevate.

La legge 15 ff. *de auro argento*, suppone, che un testatore abbia legato a *Seja* de' vasi d'oro e di argento, ma colla *preghiera* ch'ella li restituisca dopo la sua morte ai liberti del testatore; in modo che il legatario non abbiane che l'usufrutto, durante la sua vita: *quarum rerum usufructus dum vives tibi sufficiat*. Si domandò se il legatario avesse altro diritto oltre l'usufrutto: si rispose dal giureconsulto, che la proprietà eragli stata legata col peso del fidecommesso: *addito onere fideicommissi*.

Una seconda legge ch'è la 39, ff. *de usu et usuf. legat.* presenta una simile decisione nel caso inverso, cioè allorchè la proprietà è legata a colui, che il testatore chiama in secondo luogo per raccogliere l'oggetto legato dopo la morte del primo chiamato al godimento del legato.

Nella specie di questa legge un padre istituì eredi i suoi figli; legò a sua moglie varj effetti, colla clausola, che a morte di costei egli intendeva che la proprietà di tali effetti ritornasse alle sue figlie esistenti in quel tempo. Si quistionò se mai s'intendeva legato alla moglie il solo usufrutto ovvero la proprietà: la legge dice, che s'intendeva legata la proprietà.

Nella specie di una terza legge, ch'è la 12 ff. *de usuf. ear. rer. quae usu consum.* erasi legata a *Tizio* una somma di denaro, sotto con-

dizione che a morte sua tal somma passasse a *Mevio*; ed erasi aggiunto che *Tizio* ne avesse il solo usufrutto. Intanto la legge decide, che gli si era legata la proprietà; e che se erasi fatta menzione dell'usufrutto, lo era perchè la somma legata doveva essere restituita dopo la sua morte.

Secondo il senso di queste leggi la disposizione aveva un carattere di fedecommesso, ed esse erano addivenute il soggetto di parecchie contese, le di cui decisioni sono riportate dai *decisionisti*.

Ciò che a di nostri, prima del Codice civile, ne rendette la soluzione anche più difficile, fu la risposta contenuta nell'articolo 20 della legge de' 9 fruttidoro anno 2., data come interpretazione di quella de' 17 nevoso precedente.

La domanda era così concepita « Che la  
« legge determini la data e gli effetti di una  
« sostituzione diretta fatta in vantaggio del pri-  
« mogenito dei figli che lascerà un cittadino, con  
« disposizione di usufrutto a profitto di quest'ul-  
« timo. »

La risposta fu « Che, all'infuori del nome,  
« tal disposizione presenta una sostituzione, in  
« cui l'usufruttuario si troverebbe gravato verso  
« il primogenito de' suoi figli, e dee perciò  
« seguire le stesse regole ».

In tale stato della legislazione surse una somigliante difficoltà in proposito di un testamento il cui autore era trapassato prima della pubblicazione della nuova legge su le donazioni, ed i testamenti.

Il testamento del signor *Renato Giuseppe*

le *Prêtre* di *Chateau-Giron* conteneva la clausola seguente :

« Io dono, e lego alla signora *Alessandrina Orsola Castagny*, divorziata *Karousker*, dimorante in *Parigi*, tutti i beni di cui la legge mi permette disporre, senza veruna eccezione e riserva, perchè ella ne goda e ne disponga dal dì della mia morte, *in usufrutto solamente durante la di lei vita*.

« Io la nomino esecutrice del presente testamento ».

« Voglio che dopo la morte di *Castagny*, il legato universale, che le ho fatto, appartenga in piena proprietà e godimento, e sia raccolto da *Renato Ippolito*, nato il dì 8 *frimajo* dell'anno VIII., e designato come figlio di *Francesca Alessandrina Orsola Devener* in *Parigi*, e da *Francesca Alessandrina di Souville*, nata in *Parigi* il 28 *pratile* dell'anno V. e designata figlia della stessa ».

I figli del testatore attaccarono questa disposizione. Eglino la sostennero nulla in tutte le sue parti, su l'appoggio che conteneva una sostituzione fedecommissaria, ch'era abolita dalla legge de' 25 ottobre e 14 novembre del 1792.

I legatarij sostennero che la disposizione era valida, perchè non conteneva affatto sostituzione, ma solo il legato dell'usufrutto alla signora *Castagny* e della proprietà ai di lei figli; che il legato di questa proprietà era un legato condizionato a tempo, indipendente da una sostituzione che non esisteva, e del quale i di lei figli erano investiti dal momento della morte del testatore.

Eglino combatterono la induzione che desu-mevasi contro di loro dall' articolo 20 della legge del 9 *fruttidoro* dell'anno 2, dicendo ch' essa era fatta pel caso di una istituzione diretta, in vantaggio del *primogenito de' figli che lascerà un cittadino*, con disposizione di usufrutto a vantaggio di costui; circostanza dalla quale aveva potuto dedursi particolarmente una sostituzione che non si sarebbe certamente ravvisata in un caso simile a quello che presentavasi.

Questi mezzi sono stati accolti in una sentenza della seconda sezione del tribunal civile di *Parigi*, del 13 *messidoro* anno XIII., di cui non vi fu appello.

Dopo la prima edizione di quest' opera, ho osservato che il sig. Merlin (*quist. di diritto alla parola substitution fidéicommissaire* § 6) aveva fatto una ipotesi che somiglia esattamente alla specie di *Château-Giron*, la quale era conosciuta allorchè Merlin scriveva, ma su cui non si era giudicato. Merlin porta opinione contraria alla sentenza riferita, la quale fu pronunziata posteriormente. Malgrado però la grande deferenza che ho per le opinioni di questo magistrato, io credo che debba preferirsi l' opinione ricevuta nella sentenza. Io sono informato, che tale sentenza non è stata impugnata dopo pienissima cognizione di causa.

Per far cessare tutte queste difficoltà, e per fissare le idee su tal materia, si è stabilito nell' art. 899 del Codice civile (944) « Lo stesso  
« avrà luogo (vale a dire, che non vi sarà so-  
« stituzione ) rispetto alla disposizione tra vivi,  
« o di ultima volontà, colla quale sarà dato ad

« uno l'usufrutto, e ad un altro la nuda proprietà » (a)

L'oggetto importante riguardo ad una disposizione di tal natura è, che dessa sia spogliata ed indipendente da ogni idea di sostituzione, e di peso di restituire; che al tempo della morte il diritto de' legatarj sia definitivamente fissato, di modo che non vi sia affatto trasmissione intermedia; che l'uno sia rivestito dell'usufrutto, e l'altro della nuda proprietà, che questi trasmetterebbe a suoi eredi, anche quando morisse prima dell'usufruttuario.

E' rimarchevole a questo proposito una decisione della Corte di *Bruxelles* de' 13 dicembre 1809, la quale sebbene pronunziata in una specie alquanto diversa, non pertanto ha giudicato secondo gli esposti principj.

Nella specie di questa decisione trattavasi di un legato fatto da un testatore de' suoi beni, ma solo *in usufrutto*, nel caso in cui l'erede legittimo pervenisse alla maggior età (in modo che il legato doveva avere il suo effetto per la proprietà, se l'erede legittimo non perveniva alla maggior età.) Quella Corte giudicò, che la detta clausola non conteneva una sostituzione: che quanto alla nuda proprietà, desso era un legato fatto semplicemente sotto una condizione risolutiva.

---

(a) L'art. 944. delle Leggi civili, che ha conservata la disposizione dell'art. 899 del Codice abolito, si esprime in termini più precisi. Ivi si dice « Non sarà considerata come sostituzione, e sarà valida la disposizione ec.

Cotesta decisione è riportata nella raccolta di Sirey, *anno 1810, pag. 227, parte 2*; e nella raccolta di giurisprudenza del Cod. civ. vol. 14 pag. 150.

*Della dimissione de' beni. Della donazione a causa di morte.  
Del codicillo.)*

XIII. Da quanto abbiamo esposto si ravvisa, che con ragione il legislatore, per le sostituzioni, non si è appigliato ad un'abolizione implicita. La materia era tale che conveniva distinguere diligentemente ciò ch'era soppresso, da ciò che non lo era. Ma sebbene egli non siasi espresso in modo veruno su le altre disposizioni ammesse anticamente, e che non si sono conservate nel Codice, pur tuttavia esse sono state abolite del pari. L'essersi definito il numero delle disposizioni a titolo gratuito delle quali si sono stabilite le forme, porta seco la esclusione di tutte le altre, sulle quali la legislazione tace.

Quindi non si rivoca in dubbio, che in avvenire non si possa più disporre per *dimissione dei beni*; nè per *donazione a causa di morte*.

Bisogna però avvertire, che quando dico che in avvenire non possa disporsi con *donazione a causa di morte*, intendo parlare del modo di disporre si praticava luog anticamente sotto questa forma, e sul quale ho detto abbastanza nel discorso storico, *sezione 3*. Ivi ho fissato i principali caratteri di tal disposizione; ed ho fatt' osservare, che dessa non era una donazione tra vivi, nè un testamento, e che l'ordinanza del 1731 non l'aveva precisamente abo-



lita; che dessa fu conservata pe'l solo oggetto di lasciare ai figli di famiglia, nei paesi di diritto scritto la libertà di disporre sotto questa forma; perchè secondo le leggi romane i figli di famiglia non potevano testare neppure col consenso del loro padre, mentre potevano, con tal consenso, fare una donazione a causa di morte.

Ma se avvenga che si sia qualificata come *donazione a causa di morte* una disposizione fatta nel senso di un testamento effettivo, e colle formalità prescritte pei testamenti, io credo che la disposizione sia valida come tale.

In tal caso non sarebbe donazione a causa di morte propriamente detta, quale era in uso anticamente, e di cui abbiamo parlato; la quale doveva essere accettata, poteva ricevere la sua esecuzione dal momento in cui era fatta, e ciò non ostante poteva essere revocata: bensì tratterebbesi di una disposizione, che riceve il suo effetto e la sua esecuzione a morte del disponente; cioè di una vera disposizione testamentaria sotto il nome di *donazione a causa di morte*.

Or io credo che una disposizione di ultima volontà, sebbene qualificata *donazione a causa di morte*, in vece di *testamento*, sarebbe valida qualora fosse rivestita di tutte le forme del testamento. Bisogna giudicare gli atti dalla loro sostanza; e se il disponente abbia fatto un atto, che per la sua intenzione, e per la natura dell'atto medesimo non possa essere se non un testamento, si è nell'obbligo di riconoscerlo come testamento, e basta che il medesimo sia rivestito di tutte le forme richieste dalla legge per tale atto.

Sembra che ciò risulti pure dalle ultime espressioni dell' articolo 967. del Codice civile (892) » Ogni persona potrà disporre per » testamento tanto a titolo *d' istituzione di erede*, quanto a titolo di legato, e con *qualsivoglia altra denominazione atta a manifestare la sua volontà* » (a). Io credo intanto dover far osservare, che la parola *testamento* sarà sempre quella, che presenterà le idee più chiare. Egli è sempre utile di non adoperare espressioni, che prese in un significato ricordano antiche disposizioni, le quali non più sono in uso.

Riguardo al *codicillo*, di cui ho spiegato la natura e le forme, nel discorso storico *sezione I*, §§ 2, e 3, il Codice civile non più riconosce sì fatta denominazione. Desso riunisce tutte le disposizioni di ultima volontà sotto il nome di *testamento*, articolo 893. (813)

Nondimeno se avvenisse, che per effetto degli antichi usi, secondo cui chiamavasi *codicillo* un atto di ultima volontà col quale si aggiungeva o si modificava qualche cosa ad un testamento già fatto, taluno anche ora qualificasse come *codicillo* un atto formato con tali circostanze, e 'l quale in sostanza altro non fosse che un testamento, bisognerebbe riflettere che

---

(a) Secondo il diritto romano colui che testava doveva incominciare dalla istituzione dell'erede, ch' era come il cardine e la base di qualunque testamento, senza cui il testamento non potea esistere, L. 1. in princ. ff. de hered. instit. Ma ora per disposizione delle Leggi civili tutta la forma dei testamenti sotto questo rapporto è quasi interamente cambiata.

L'atto non sarebbe nullo per lo solo effetto della denominazione datagli. Questa sarebbe sempre una disposizione di ultima volontà, che dovrebbe essere eseguita come testamento, purchè fosse rivestita di tutte le formalità prescritte dal Codice per la validità de' testamenti.

Non vi sarebbe ora maggior ragione per annullare una disposizione di ultima volontà per essersi qualificata *codicillo*, di quello che ve ne sarebbe onde annullarla per non essersi qualificata *testamento*, nel caso che il disponente avesse detto soltanto, ch'egli faceva la sua *disposizione ed ordinanza di ultima volontà*. Bisogna giudicare gli atti dalla loro sostanza, come ho detto per la disposizione testamentaria, la quale si fosse qualificata come *donazione a causa di morte*.

Se ho fatto queste riflessioni relativamente alla qualificazione di *codicillo*, che si desse ad un atto, in vece di quella di *testamento*, ed alla circostanza, che si fosse ommesso di servirsi della parola *testamento* per dire *disposizioni ed ordinanze di ultima volontà*, è stato da che ho veduto sorgere tai difficoltà; che coteste specie possono rinnovarsi; e che bisogna affiancarsi bene di principj onde decidere. Non dimeno io non cesserò di ripetere essere sempre prudente di evitare tutte coteste contestazioni, facendo uso delle qualificazioni ammesse dalla legge.

(Dell'effetto di tai disposizioni, e del testamento, allorchè la loro data è anteriore al Codice Civile, e gli autori di tali disposizioni muojono sotto l'impero del Codice.)

XIV. Quanto all'effetto che dovrebbero avere attualmente coteste disposizioni abolite,

come la *dimissione de' beni*, e la *donazione a causa di morte*, allorchè esse sono state fatte in tempo in cui erano ammesse, e da persone ancor viventi, o morte dopo la promulgazione della legge del 13 *florile* anno xi. che ha formato poi il titolo del Codice Civile *delle donazioni e dei testamenti*; tal quistione è connessa per la natura de' principj all' altra, se i testamenti ed i codicilli fatti prima di quell' epoca da persone morte dopo, o ancor viventi, debbano avere il loro effetto.

Bisogna in pria distinguere la *dimissione dei beni* da tutti gli altri atti.

Nella *dimissione dei beni* tutto è consumato; come nella donazione tra vivi, in quei luoghi o casi in cui la *dimissione de' beni* trasmetteva il possesso, secondo che ho detto nel discorso storico sezione vii. Nei paesi però e nelle circostanze in cui questa disposizione era revocabile a volontà, sebbene il *dimissionario* fosse in possesso de' beni, ( lo che per altro era della natura di questa disposizione, anche quando non era irrevocabile ) essa potrebbe sempre ritorsi, giusta l' attuale nuovo ordine di cose. Ma qualora non fosse revocata, essa dovrebbe sempre sussistere, perciocchè non esercitandosi la facoltà di revocare, la esecuzione dell' atto rimonta al giorno in cui è stato fatto: il suo principio ed il suo effetto è regolato dalle leggi o dagli usi che ammettevano questa maniera di disporre.

Relativamente ai testamenti ed ai codicilli, ho il vantaggio di poter invocare una giurisprudenza stabilita su quest' oggetto con una decisione della Corte di cassazione del 1.º bru-

majo anno 13, portata da Merlin ( *quist. di diritto* alla parola *Testament* § 11 ) la quale ha giudicato, che cotesti atti debbono eseguirsi, quantunque non avessero le formalità prescritte dal Codice civile, purchè fossero rivestiti di quelle che dovevano essere osservate ne' luoghi in cui sono stati fatti, secondo le leggi in vigore al tempo della loro formazione. Merlin ha dato a questa materia uno sviluppo secondo cui mi limiterò a dire, che bisogna distinguere, negli atti della vita civile, ciò che riguarda la loro forma puramente probante, da ciò ch'è relativo alla capacità richiesta per farli, ed alla sostanza delle disposizioni che vi si contengono.

Quanto alla capacità del testatore bisogna aver riguardo all'epoca del testamento ed a quella della morte. E quanto alla sostanza delle disposizioni, è regola che debba starsi principalmente alle leggi ch'esistono al momento in cui nasce e si acquista il diritto, che deriva dagli atti. Quindi per sapere se un testatore abbia disposto al di là de' limiti legittimi, dee consultarsi la legge del giorno in cui egli è morto; poichè da tal giorno ha potuto nascere il diritto degli eredi istituiti o de' suoi legatarj.

Ma per quel che riguarda la forma puramente probante, non può nè deve seguirsi altra legge se non quella del luogo, e del momento in cui l'atto si confeziona. Appena stipolato l'atto la formalità probante gli assicura l'effetto; e questo effetto è indivisibile, giacchè l'osservanza di questa formalità ed il diritto di far pruova di quanto l'atto contiene, sono due correlativi inseparabili l'uno dall'altro.

La quistione si è frequentemente presentata



alla decisione de' tribunali, ed io nelle raccolte di giurisprudenza ho trovato parecchie decisioni di Corti di appello, che hanno giudicato conforme alla decisione della Corte di cassazione.

Sembra che debba dirsi lo stesso in quanto alla donazione a causa di morte propriamente detta, e nel senso in cui ne abbiamo parlato nel numero precedente; uniformemente al principio esposto pel testamento fatto prima delle nuove leggi.

Potrebbe forse obiettarsi, che il Codice civile non ammette disposizione alcuna sotto il nome di *donazione a causa di morte*, mentre ammette il testamento, secondo la precedente legislazione. Ma sarebbe difficile di scorgere la conseguenza di tale obbiezione.

Potrebbe del pari opporsi, che la disposizione fatta anticamente con *codicillo* non dovrebbe aver luogo allorchè l'autore del codicillo morisse dopo la promulgazione della nuova legge, giacchè il Codice civile neppure ammette la denominazione di *codicillo*. Nondimeno la Corte di cassazione ha giudicato e del codicillo e del testamento, poichè nella specie della decisione eravi un testamento ed un codicillo.

Questa obiezione non sarebbe più concludente dell'altra, che non dovesse avere effetto l'antico testamento sol perchè non rivestito delle medesime forme prescritte pel testamento dalla nuova legge, ed è precisamente questa l'obiezione che fu rigettata colla giurisprudenza della Corte di cassazione. Quali che sieno state le differenze, che abbiano potuto esistere tra i testamenti, i codicilli, e le donazioni a causa di morte delle quali abbiamo parlato nel discorso storico, tutti questi atti erano in sostanza disposizioni di ultima volontà.



e per essi bisogna rimontare sempre al principio, che tutte le disposizioni di tal natura fatte prima della nuova legge, ma secondo le forme richieste dalle leggi vigenti al tempo della loro confezione, debbano essere eseguite, non ostante che la legge in vigore nell'atto della morte del disponente, abbia apportati de' cambiamenti relativamente alle forme.

Del resto le persone, le quali avessero fatte disposizioni di ultima volontà sotto la denominazione di *donazione a causa di morte*, sia in paesi che anticamente non erano nel territorio della Francia, sia nella Francia stessa, ove erasi ammesso cotesto modo di disporre solo pe' paesi di diritto scritto e relativamente ai figli di famiglia, i quali non potevano testare neppure col consenso del loro padre, ma potevano con tal consenso far donazione a causa di morte; coteste persone, dico, si regoleranno con prudenza, se, ad oggetto di meglio assicurare la esecuzione delle loro disposizioni, le rinnovino sotto forma di testamento secondo le norme del Codice civile per tali atti.

( Dell' effetto delle disposizioni universali fatte prima della legge di *ventoso* anno 2. nel caso che i testatori abbian cessato di vivere allorchè questa legge non era più in vigore.

XV. Si è più volte presentata ne' tribunali la quistione se i testamenti, contenenti disposizioni universali, e fatti anteriormente alla pubblicazione delle leggi de' 2 *brumajo*, 17 *nevoso*, e 22 *ventoso*, o sotto l'impero di queste leggi, fuori de' casi in cui le disposizioni universali erano autorizzate, come quelle fatte tra conjugi, dovevano avere il loro ef-

fetto, quando coloro che le avevano fatte morivano dopo che tai leggi non più erano in vigore.

Bisogna distinguere, intorno a ciò se il testatore è morto sotto l'impero della legge de' 4 *germinale* anno 8, o se muore sotto l'impero del Codice civile.

Nel primo caso, la disposizione universale non sarebbe soltanto riducibile, ma sarebbe annullata per non essersi rinnovata e ridotta alle quote disponibili della legge, in conseguenza dell'articolo 47 della legge de 22 *ventoso* dell'anno 2 che prescriveva tale rinnovellamento. In tal guisa ha giudicato la Corte di cassazione con decisione de 22 *brumajo* anno 12, riportata nel giornale delle udienze di questa Corte del sig. Denevers, *pag.* 163, e da un'altra decisione della stessa Corte de 10 *termidoro* dello stesso anno, riportata nella medesima raccolta *pagina* 553.

Ed eccone il motivo. Colla detta legge de' 4 *germinale* anno 8 fu stabilito « che *dal dì della sua pubblicazione, tutte le liberalità fatte con atto di ultima volontà sarebbero valide se non eccedessero le quote ch'essa determinò, secondo il numero e la qualità degli eredi legittimi del disponente* ». E con queste parole, *se non eccedessero*, il legislatore manifestò chiaramente la volontà di conservare le regole stabilite colle leggi precedenti; che ogni disposizione la quale eccedesse la quota disponibile, fosse interamente nulla.

Nondimeno conviene far osservare, che colla decisione de 19 *termidoro* anno XII. testè citata si giudicò, che se un testamento avesse contenuto

simultaneamente una disposizione universale e dei legati particolari, la nullità della disposizione universale non produceva la nullità de' legati particolari. Fu nella medesima guisa giudicato con decisione della stessa Corte del dì 11 *nevo*so anno 9 ch'è citata nella decisione de' 19 *termidoro*.

Nel secondo caso, cioè quando l'autore del testamento muore, sotto l'impero del Codice civile il testamento fatto in tempo ch'erano in osservanza le leggi precedenti, quantunque contenesse una disposizione universale, sarebbe valido, salvo la riducibilità alle quote stabilite dal Codice.

La ragione di ciò è evidente: il testamento, quanto ai suoi effetti, debb'essere regolato dalla legge in vigore al tempo della morte del testatore. Il testamento si considera sempre come se fosse fatto all'istante della morte. Le leggi de' 17 *nevo*so e 22 *ventoso*, al pari di tutte le altre, cessarono di aver la forza di leggi all'apparire del Codice civile. Tai leggi non hanno potuto regolare la successione ed il testamento, se non quando la successione si era aperta sotto il loro impero.

Or nel Codice civile il legislatore è ritornato al principio generale, che l'eccesso delle disposizioni non ne produce la nullità, salvo a ridurla alla quantità prescritta dal Codice. Ciò risulta dall'art. 920. (837) e da qualche altro.

Questa dottrina fu energicamente sviluppata dal Sig. Merlin in occasione del testamento di *Ponzio Rayet*, soggetto della decisione de 18 gennajo 1808, di cui abbiamo parlato al numero III. Quel testamento dette luogo a tal quistione: ma non si fu nel caso di deciderla; la

quistione principale consistette nella nullità del testamento, perchè conteneva una sostituzione. La dissertazione del sig. Merlin sulla presente quistione, sebbene in occasione del testamento di *Ponzio Rayet*, trovasi nel suo repertorio alla parola *institutions d'héritier*, sezione I. n.º 7.

Ciò non ostante la difficoltà si è nuovamente prodotta; ed è stata giudicata nel senso della opinione del sig. Merlin, con una decisione della Corte di cassazione de 23 novembre 1809, riportata nella raccolta di Denevers, anno 1809, pag. 482, e nella raccolta di giurisprudenza del Codice civile volume 14 pag. 136. Trovansi nelle stesse raccolte altre decisioni uniformi di Corti di appello: di tal che può dirsi assodato questo articolo di giurisprudenza (a).

(Piano dell'opera)

XVI. Avendo esposto le specie di disposizioni gratuite, che sono conservate, e le altre, che sono soppresse col Codice civile, io dividerò in quattro parti tutto quel che deggio dire sulle disposizioni gratuite.

Nella prima tratterò, delle *donazioni tra vivi*;

Nella seconda, del *testamento*;

Nella terza, delle *disposizioni miste*, le quali partecipano della *natura*, o della *donazione* o del *testamento*, o dell'una e dell'altro insieme, e che sono sottoposte a regole particolari.

Nella quarta, delle *collazioni* e delle *riserve in favore di taluni eredi*, e del modo di esercitare il diritto.

(a) *Si è disputato in Francia se il diritto di riversione dei beni, stipulato in una donazione antica in favore del donante e dei suoi eredi e successori, contenesse oppur no il peso di conservare e di restituire, e quindi una sostituzione vietata. Nella raccolta del sig. Denevers, anno 1806 pag. 97, trovasi un arresto della Corte di Cassazione degli 11 frimajo anno 14, col quale fu giudicato che il diritto della riversione dei beni stipulato in una donazione antica in favore del donante e dei suoi eredi, nel caso che mancava la discendenza del donatario, non debba riguardarsi come sostituzione abolita, e che desso dee avere il suo effetto quando anche lungo intervallo fosse interceduto dal tempo della morte del donante a quello dell'apertura della riversione in favore degli eredi di costui. Sembra però che la opinione troppo generica adottata dalla Corte regolatrice non sia ben fondata. Il diritto di riversione stipulato indiffinitamente contiene in se l'obbligo del donatario e dei suoi discendenti di conservare per restituire agli eredi del donante, quando manchino i primi; contiene una trasmissione con ordine successivo; quindi una vera sostituzione, la quale incontrerebbe l'ostacolo della legge, se si verificasse ora il caso del ritorno, e conseguentemente non potrebbe avere effetto, ma i beni rimarrebbero liberi nelle mani degli ultimi discendenti del donatario.*

*Il ragionamento della Corte di Cassazione potrebbe forse trovarsi regolare nella specie del suo arresto, la quale riguardava una do-*

*nazione antica fatta per contratto di matrimonio nel 1694, la quale presentava la figura di un ritorno legale, ed in cui il diritto di ritorno erasi verificato prima del Codice: ma non potrebbe la teoria della Corte medesima estendersi generalmente e per via di regola a tutt' i casi che si verificassero sotto l'impero delle nuove leggi, senza urtare contro le sanzioni proibitive delle sostituzioni.*

*Nella stessa raccolta del sig. Denevers anno 1809 1.º quaderno di supplimento pag. 16 si dà notizia di un altro arresto della stessa Corte del 14 dicembre 1809, in cui si è ripetuto lo stesso principio. E tale arresto incontra le medesime difficoltà testè esposte; e sembra che sia certamente compromessa la sorte dell'atto che contenesse il diritto di river-  
sione indifinito in favore degli eredi del donante, nel caso che dopo la morte di costui si estinguesse la discendenza del donatario, e che tal ritorno si aprisse sotto l'impero delle attuali leggi.*



# TAVOLA

## DE' CAPITOLI, E SEZIONI

CONTENUTE

NELLA PRIMA PARTE DEL PRIMO VOLUME.

|                                                                                                                                               | pag.     |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------|
| AVVERTIMENTO DELL' AUTORE. . . . .                                                                                                            | III      |
| DISCORSO ISTORICO SUL' ANTICA LEGISLAZIONE INTORNO ALLE DONAZIONI, AI TESTAMENTI, ED A TUTTE LE ALTRE DISPOSIZIONI A TITOLO GRATUITO. . . . . | 1        |
| <b>SEZ. I. <i>Della donazione tra vivi, secondo i principj del diritto romano, e della legislazione francese.</i></b>                         | <b>9</b> |
| §. 1. <i>Della natura e degli effetti della donazione tra vivi.</i> . . . . .                                                                 | 10       |
| ( Definizione e carattere della donazione tra vivi, secondo il diritto romano ). . . . .                                                      | ivi      |
| ( Dell' accettazione ). . . . .                                                                                                               | ivi      |
| ( Della donazione dei beni presenti e futuri ). . . . .                                                                                       | 11       |
| ( Della tradizione ). . . . .                                                                                                                 | 12       |
| ( Della donazione con riserva d' usufrutto ). . . . .                                                                                         | 14       |
| ( Della legislazione francese, sopra i suddetti punti ). . . . .                                                                              | 15       |
| ( Della clausola di <i>constituto e di precario</i> ). . . . .                                                                                | 21       |
| ( Della donazione fatta dagl' infermi ). . . . .                                                                                              | 24       |
| ( Utilità di quanto si è detto ). . . . .                                                                                                     | 28       |
| §. 2. <i>Delle forme della donazione tra vivi.</i> . . . . .                                                                                  | ivi      |
| ( Delle forme, secondo il diritto romano ). . . . .                                                                                           | ivi      |
| ( Delle forme, secondo la legislazione francese ). . . . .                                                                                    | 30       |
| §. 3. <i>Di coloro che non potevano donare tra vivi, e di quei che non potevano ricevere allo stesso titolo.</i> . . . .                      | 31       |
| ( Della incapacità, che risultava dalla qualità di figlio di famiglia ). . . . .                                                              | ivi      |
| ( Della incapacità per causa della morte civile ). . . . .                                                                                    | 32       |
| ( Della donazione tra coniugi, e di quella del padre in favore dei figli, secondo il diritto romano ). . . . .                                | 37       |
| ( Dell' enunciate donazioni secondo la legislazione                                                                                           |          |

|                                                                                                                                               |      |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
|                                                                                                                                               | pag. |
| francese) . . . . .                                                                                                                           | 41   |
| ( Delle disposizioni tra persone che vivono in concubinato ) . . . . .                                                                        | 43   |
| ( Delle disposizioni in favore dei figli naturali ) . . . . .                                                                                 | 49   |
| ( Delle disposizioni in favore dei tutori, istitutori, e medici ec. ) . . . . .                                                               | 55   |
| §. 4. <i>Delle cause che davano luogo alla revocazione della donazione.</i> . . . . .                                                         | 56   |
| ( Della revocazione per sopravvenienza di figli ) . . . . .                                                                                   | ivi  |
| ( Della revocazione per causa d'ingratitude ) . . . . .                                                                                       | 59   |
| ( Della donazione <i>propter nuptias</i> ) . . . . .                                                                                          | 60   |
| SEZ. II. <i>Del testamento e del codicillo.</i> . . . . .                                                                                     | 61   |
| §. 1. <i>Del testamento secondo i principj del diritto romano.</i> . . . . .                                                                  | ivi  |
| ( Antico carattere del testamento. Esso era l'effetto di una legge ) . . . . .                                                                | ivi  |
| ( Il testamento cessò di essere l'effetto di una legge ) . . . . .                                                                            | 63   |
| ( Chi poteva testare secondo l'antico diritto ) . . . . .                                                                                     | 65   |
| ( Del testamento <i>per aes et libram</i> , e di quello chiamato <i>prætorium</i> ) . . . . .                                                 | 67   |
| ( Dei testamenti <i>nuncupativo e mistico</i> ) . . . . .                                                                                     | 69   |
| ( Delle tre altre specie de' testamenti chiamati <i>privilegiati</i> . . . . .                                                                | 76   |
| ( Del testamento <i>inter liberos</i> ) . . . . .                                                                                             | ivi  |
| ( Da ciò ebbe origine il testamento <i>olografo</i> ) . . . . .                                                                               | 78   |
| ( Del testamento militare ) . . . . .                                                                                                         | 79   |
| ( Del testamento fatto in mare ) . . . . .                                                                                                    | 85   |
| ( Del testamento fatto in tempo di peste ) . . . . .                                                                                          | ivi  |
| ( Della legge Falcidia ) . . . . .                                                                                                            | 86   |
| §. 2. <i>Del codicillo, secondo i principj del diritto romano.</i> . . . . .                                                                  | 88   |
| ( Origine del codicillo ) . . . . .                                                                                                           | ivi  |
| ( Sue forme. In che differiva dal testamento ) . . . . .                                                                                      | 89   |
| §. 3. <i>Del testamento e del codicillo secondo la legislazione francese.</i> . . . . .                                                       | 91   |
| ( Antichità della facoltà di testare in Francia ) . . . . .                                                                                   | ivi  |
| ( Regola generale e comune in Francia, in quanto alla capacità di disporre e di ricevere con testamento. Del diritto d'albinaggio ) . . . . . | 92   |
| ( Differenze intorno ai testamenti nei paesi di diritto scritto, ed in quei di costumanza ) . . . . .                                         | 97   |
| ( Della organizzazione dei testamenti militari, in tem-                                                                                       |      |

|                                                                                                                                                                  |            |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| po di peste, ed in mare, per tutta la Francia).                                                                                                                  | 108        |
| <b>SEZ. III. <i>Della donazione a causa di morte, secondo i principj del diritto romano, e della legislazione francese.</i></b>                                  | <b>111</b> |
| (L'esposto carattere si cangiò insensibilmente) . . .                                                                                                            | 115        |
| (Affinità tra la donazione a causa di morte ed il testamento) . . .                                                                                              | 116        |
| (Della donazione a causa di morte, secondo la legislazione francese) . . .                                                                                       | 117        |
| <b>SEZ. IV. <i>Delle sostituzioni, del fedecommesso, e del diritto di scegliere, secondo i principj del diritto romano, e della legislazione francese.</i></b>   | <b>119</b> |
| (Diverse specie di sostituzioni) . . .                                                                                                                           | ivi        |
| (Origine di tale sostituzione) . . .                                                                                                                             | 120        |
| (Della sostituzione pupillare) . . .                                                                                                                             | 121        |
| (Della sostituzione esemplare) . . .                                                                                                                             | 122        |
| (Della sostituzione fedecommessaria) . . .                                                                                                                       | ivi        |
| (Della quarta trebellianica) . . .                                                                                                                               | 125        |
| (Della facoltà di scegliere) . . .                                                                                                                               | 126        |
| (Queste disposizioni erano contrarie alla purità dei principj del diritto) . . .                                                                                 | 127        |
| (Della legislazione su le sostituzioni e sulla facoltà di scegliere . . .                                                                                        | ivi        |
| (Riflessioni intorno allo scopo delle sostituzioni, ed a ciò che ne rimane nel Codice civile) . . .                                                              | 130        |
| <b>SEZ. V. <i>Della istituzione contrattuale.</i></b>                                                                                                            | <b>131</b> |
| (Carattere della istituzione contrattuale) . . .                                                                                                                 | ivi        |
| (Della origine delle istituzioni contrattuali) . . .                                                                                                             | 133        |
| (Principj che regolavano le istituzioni contrattuali.                                                                                                            | 140        |
| <b>SEZ. VI. <i>Della divisione dei beni fatta dagli ascendenti tra figli, secondo i principj del diritto romano, e della legislazione francese</i></b>           | <b>144</b> |
| (Principj intorno a questa disposizione secondo il diritto romano) . . .                                                                                         | ivi        |
| (Principj secondo la legislazione francese) . . .                                                                                                                | 147        |
| <b>SEZ. VII. <i>Della dimissione de' beni.</i></b>                                                                                                               | <b>150</b> |
| (Carattere della dimissione de' beni. Suoi effetti),                                                                                                             | ivi        |
| (Dessa non fu abrogata coll' ordinanza del 1731).                                                                                                                | 152        |
| (Dessa dipendeva principalmente dagli usi locali).                                                                                                               | ivi        |
| <b>SEZ. VIII. <i>Principj del diritto romano e della legislazione francese intorno alle Riserve destinate a talune persone; e di cui queste non potevano</i></b> |            |

|                                                                                                                                                                                                                          | pag. |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------|
| <i>esser private quando si disponeva dei beni: ossia della Legittima</i> . . . . .                                                                                                                                       | 153  |
| (Casi di direddazione contro coloro che avevano diritto alla <i>legittima</i> ) . . . . .                                                                                                                                | 155  |
| (Della fissazione della <i>legittima</i> . A qual titolo doveva lasciarsi) . . . . .                                                                                                                                     | 158  |
| (Della <i>legittima</i> , secondo la legislazione francese). . . . .                                                                                                                                                     | 162  |
| (Delle riserve pei figli nati da un primo matrimonio, in caso di seconde nozze del padre o della madre) . . . . .                                                                                                        | 164  |
| OSSERVAZIONI PRELIMINARI. . . . .                                                                                                                                                                                        | 169  |
| <i>Quali modi di disporre si sono conservati nel Codice civile, e quali sono rimasti aboliti</i> . . . . .                                                                                                               | ivi  |
| I. (Effetto del silenzio della legge su le antiche disposizioni a titolo gratuito) . . . . .                                                                                                                             | ivi  |
| II. (Ragione per cui il legislatore si è espresso intorno all'abolizione delle sostituzioni fedecommissarie; le sole che si sono sopprese. . . . .                                                                       |      |
| III. (La nullità della sostituzione fedecommissaria produce la nullità della disposizione diretta e principale) . . . . .                                                                                                | 174  |
| IV. (La sostituzione per una parte della disposizione, porta la nullità di questa sola parte). . . . .                                                                                                                   | 181  |
| V. (La sostituzione apposta ad una donazione vicendevole, fatta prima del Codice civile, tra coniugi, i quali cessano di vivere sotto l'impero di questo Codice, produce la nullità della disposizione intera) . . . . . | 182  |
| VI. (Differenza in quanto alle sostituzioni relative ai majoraschi). . . . .                                                                                                                                             | 184  |
| VII. (Del divieto di alienare e di disporre a titolo gratuito) . . . . .                                                                                                                                                 | 187  |
| VIII. (Della disposizione fatta colla facoltà di scegliere) . . . . .                                                                                                                                                    | 190  |
| IX. (Delle condizioni, le quali non formano una sostituzione fedecommissaria). . . . .                                                                                                                                   | 191  |
| X. (Delle espressioni » <i>io sostituisco</i> , <i>io prego ec.</i> ). . . . .                                                                                                                                           | 210  |
| XI. (Di una disposizione, che abbia l'apparenza di una sostituzione fedecommissaria, senz'averne la realtà). . . . .                                                                                                     | 212  |
| XII. (Delle clausole che in risultamento conferiscono l'usufrutto ad uno e la proprietà ad un altro) . . . . .                                                                                                           | 214  |

- XIII. (Della *dimissione de' beni*. Della *donazione a causa di morte*. Del *codicillo*) . . . , . . 220
- XIV. (Dell'effetto di tali disposizioni, e del testamento, allorchè la loro data è anteriore al Codice civile, e gli autori di tali disposizioni muojono sotto l'impero del Codice). 223
- XV. (Dell'effetto delle disposizioni universali fatte prima della legge di *ventoso* anno 2, nel caso che i testatori abbiano cessato di vivere allorchè questa legge non era più in vigore. 227
- XVI. (Piano dell'opera) . . . . . 230

A011464632





A. S. E. REVERENDISSIMA

IL VESCOVO DI POZZUOLI.

PRESIDENTE DELLA PUBBLICA ISTRUZIONE.

Ecc. Rev.

R. Marotta Vanspandoch e C. Stampatori desiderando dare alle stampe *il trattato delle donazioni e dei testamenti del Sig. Grenier*. Pregano perciò V. E. Rev. a voler accordare un revisore e l'avranno a grazia. R. Marotta Vanspandoch e C.

Presidenza della Giunta per la Pubblica Istruzione. A di 3 Gennaro 1824 — Il Regio Revisore Signor D. Biagio Ruberti avrà la compiacenza di rivedere l'Opera soprascritta, e di osservare se vi sia cosa contro la Religione, ed i dritti della Sovranità — Il Deputato per la revisione de' libri. Can.° Francesco Rossi.

Ecc.° e Rev.° Signore — *Il trattato delle Donazioni, e dei testamenti del Signor Grenier* niente contiene discorde dai Sagri dritti della Religione, e della Sovranità, può adunque permettersene la Stampa.

Napoli 27 febbrajo 1824. — Il Regio Rev. BIAGIO RUBERTI.

Napoli 22 Giugno 1824.

**PRESIDENZA DELLA GIUNTA PER LA PUBBLICA  
ISTRUZIONE.**

Vista la dimanda degli stampatori R. Marotta Vanspan-  
doch e C., con la quale chieggono di dare alle stampe il  
*Trattato delle Donazioni e dei testamenti del Sig. Grenier;*

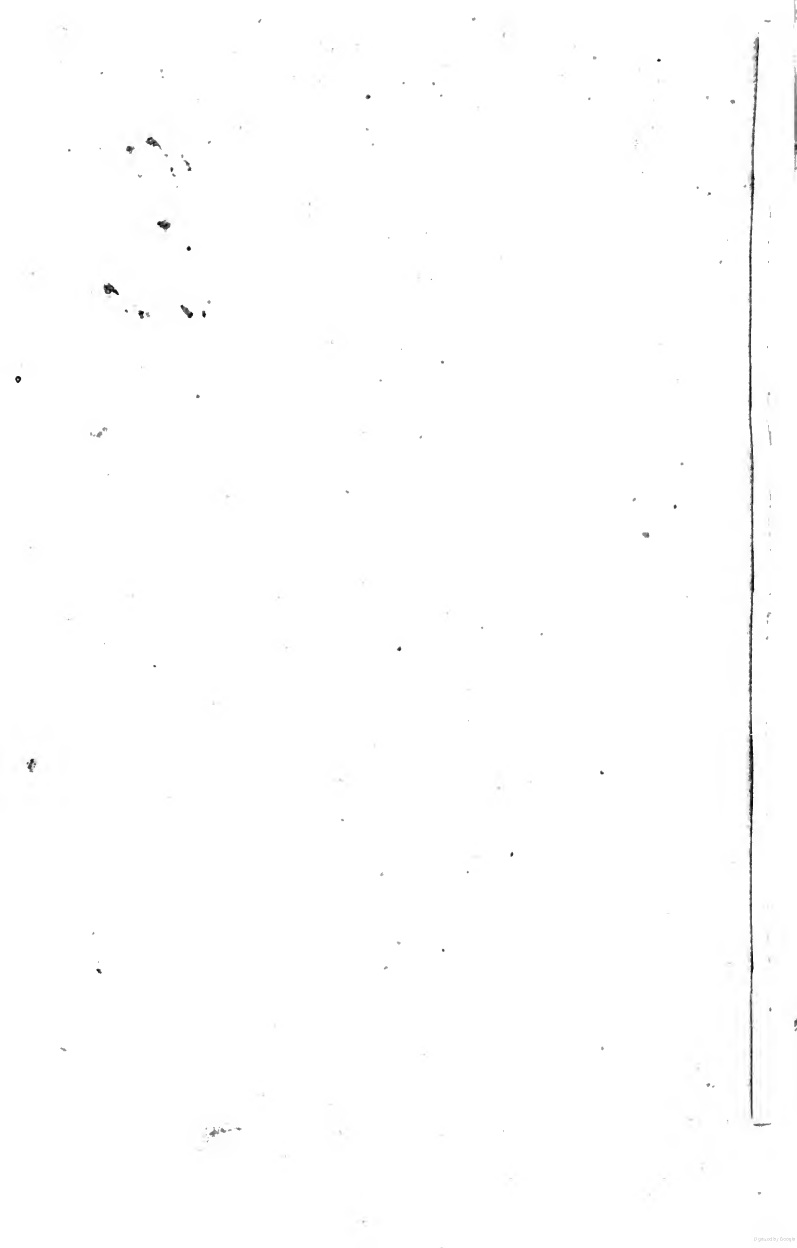
Visto il favorevole parere del Regio Revisore Sig. D.  
Biagio Ruberti;

Si permette, che l'opera indicata si stampi; però non  
si pubblichi senza un secondo permesso, che non si darà  
se prima lo stesso Regio Revisore non avrà attestato di  
aver riconosciuta nel confronto uniforme la impressione  
all'originale approvato.

Il Presidente. — M. ROSINI.

Il Segretario Generale, e Membro della Giunta.  
LORETO APRUZZESE.





169

a

11-16

